Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 1, 1986 Vol. 2

1er cahier, 1986 Vol. 2

Cited as [1986] 2 S.C.R. 2-144

Renvoi [1986] 2 R.C.S. 2-144

NOTICE

Commencing with volume 2, 1986 of the Supreme Court Reports, a series of standardized guidelines have been implemented to improve the identification of cases. An "INDEXED AS ..." entry has been placed beneath the main style of cause to indicate how the case has been indexed in the Table of Cases.

AVIS

La publication du volume 2, 1986 du Recueil des arrêts de la Cour suprême marque l'adoption d'une série de normes de désignation des arrêts qui en faciliteront l'identification. La mention «RÉPERTORIÉ ... », qui figure en dessous de l'intitulé principal, indique le nom sous lequel l'arrêt figure dans la table des jugements.

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, LL.B.
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, 1986.

CONTENTS

Beauregard *v.* Canada **56**

Constitutional law — Judicial independence — Financial security of federally appointed judges — Pensions — Federal legislation requiring superior court judges to contribute to pension — Whether federal legislation plan violated s. 100 of the Constitution Act, 1867 — Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1 as amended, s. 29.1.

Civil rights — Equality before the law — Federal legislation requiring superior court judges to contribute to pension plan — Legislative distinction on the basis of the appointment date of judges — Higher contributions required from judges appointed after the date of first reading of the bill — Whether federal legislation violated s. 1(b) of the Canadian Bill of Rights — Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1 as amended, s. 29.1.

Kirkpatrick *v.* Maple Ridge (Corporation of the District) **124**

Municipal law — By-laws — Validity — Municipality enacting by-law regulating and fixing permit fees for removal of soil — By-law setting permit fees for each cubic meter of soil — Whether statute authorized enactment of by-law — Whether permit fees beyond the legislative competence of the province — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 930(d).

R. *v.* Chambers **29**

Evidence — Admissibility — Intercepted private communications — Authorizations to wiretap in drug investigation relating to conspiracy to import cocaine — Authorizing judge not informed of on-going income tax investigation and agreement to pass on information to tax investigators — Evidence excluded at trial and appellant acquitted — Whether or not

Continued on next page

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, LL.B.
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, 1986.

SOMMAIRE

Beauregard *c.* Canada **56**

Droit constitutionnel — Indépendance de la magistrature — Sécurité financière des juges nommés par le fédéral — Pensions — Loi fédérale exigeant que les juges des cours supérieures contribuent à leur régime de pensions — La loi fédérale viole-t-elle l'art. 100 de la Loi constitutionnelle de 1867? — Loi sur les juges, S.R.C. 1970, chap. J-1 et modifications, art. 29.1.

Libertés publiques — Égalité devant la loi — Loi fédérale exigeant que les juges des cours supérieures contribuent à leur régime de pensions — Distinction dans la loi fondée sur la date de nomination des juges — Contributions plus élevées exigées des juges nommés après la date de la première lecture du projet de loi — La loi fédérale viole-t-elle l'art. 1b) de la Déclaration canadienne des droits? — Loi sur les juges, S.R.C. 1970, chap. J-1 et modifications, art. 29.1.

Kirkpatrick *c.* Maple Ridge (Corporation du District) **124**

Droit municipal — Règlements — Validité — Adoption par la municipalité d'un règlement régissant l'enlèvement de terre et fixant les droits de permis — Règlement imposant des droits de permis pour chaque mètre cube de terre — La loi permet-elle l'adoption du règlement? — Les droits de permis excèdent-ils la compétence législative de la province? — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, chap. 290, art. 930d).

R. *c.* Chambers **29**

Preuve — Admissibilité — Interception de communications privées — Écoute électronique autorisée dans une enquête en matière de stupéfiants relativement à un complot pour importer de la cocaïne — Aucune mention de l'enquête fiscale en cours

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

material non-disclosure invalidating authorization — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.1, 178.13(1.1), (1.2), (2)(d).

R. *v.* Clermont **131**

Evidence — Similar fact evidence — Probative value of evidence — Rape — Evidence of earlier rape presented to jury to establish accused intended to have sexual relations with victim despite absence of consent and to counter defence of honest belief in consent — Evidence inadmissible.

R. *v.* Deutsch **2**

Criminal law — Procuring — Attempt to procure person to have illicit sexual intercourse with another person — Advertisement for secretary/sales assistant — Interview indicating job requiring sexual intercourse with clients if necessary to close sales — Holding out of large financial rewards — No offer of employment made — Whether appellant's act or statements constitute attempt to procure rather than mere preparation — Whether sexual intercourse contemplated by appellant illicit sexual intercourse within s. 195(1)(a) of the Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 195(1)(a).

Sorochan *v.* Sorochan **38**

Unjust Enrichment — Constructive trust — Long term "common law" relationship — Common law husband acquired farm before relationship — Common law wife's farm work essential to maintenance and preservation of farm — Expectation to receive an interest in farm — Whether or not unjust enrichment allowing the imposition of a constructive trust in favour of estranged common law wife.

Wile *v.* Cook **137**

Real property — Agreement of purchase and sale — Premises damaged by fire — Purchaser either to cancel the agreement or to complete the sale and take insurance proceeds — Questions raised as to amount of insurance and as to whether insurance would be paid — Statutory declaration registered by purchaser, prior to closing date, requiring restoration or insurance sufficient for restoration — Vendor treating agreement as void — Tender made after closing date on clarification of insurance issue — Whether or not specific performance should be granted.

Contracts — Purchase and sale — Premises damaged by fire — Purchaser either to cancel the agreement or to complete the sale and take insurance proceeds — Questions raised as to amount of insurance and as to whether insurance would be paid — Statutory declaration registered by purchaser, prior to closing date, requiring restoration or insurance sufficient for restoration — Vendor treating agreement as void — Tender made

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

et de l'accord sur la communication des renseignements aux enquêteurs fiscaux au juge accordant l'autorisation — Éléments de preuve exclus au procès et appelant acquitté — La non-divulgation d'un renseignement important a-t-elle invalidé l'autorisation? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.1, 178.13(1.1), (1.2), (2)d).

R. *c.* Clermont **131**

Preuve — Preuve de faits similaires — Force probante — Viol — Preuve d'un viol antérieur soumise au jury pour démontrer l'intention de l'accusé d'avoir des relations sexuelles avec la victime malgré l'absence de consentement et pour réfuter la défense de croyance honnête au consentement — Preuve inadmissible.

R. *c.* Deutsch **2**

Droit criminel — Proxénétisme — Tentative d'induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne — Annonce pour un poste de secrétaire adjoint aux ventes — Entrevue indiquant que le poste exigeait d'avoir des rapports sexuels avec des clients si cela était nécessaire pour conclure des ventes — Présentation de récompenses financières importantes — Aucune offre d'emploi — Les actes ou les déclarations de l'appelant constituent-ils une tentative de se livrer au proxénétisme plutôt qu'une simple préparation? — Les rapports sexuels envisagés par l'appelant étaient-ils des rapports sexuels illicites au sens de l'art. 195(1)a) du Code criminel — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 195(1)a).

Sorochan *c.* Sorochan **38**

Enrichissement sans cause — Fiducie par interprétation — Union «de fait» de longue durée — Acquisition de la ferme par le conjoint de fait avant l'union — Travail de la conjointe de fait essentiel à l'entretien et à la préservation de la ferme — Attente d'obtenir un droit sur la ferme — L'enrichissement sans cause permet-il l'imposition d'une fiducie par interprétation en faveur de la conjointe de fait séparée?

Wile *c.* Cook **137**

Biens immobiliers — Promesse de vente — Lieux endommagés par un incendie — Choix de l'acheteur de résilier la promesse de vente ou de parfaire la vente et recevoir l'indemnité d'assurance — Questions soulevées quant au montant de l'assurance et à la question de savoir s'il serait versé — Déclaration solennelle enregistrée par l'acheteur, avant la date de signature de la vente, requérant la remise en état des lieux ou une indemnité d'assurance suffisante pour les remettre en état — Promesse considérée comme nulle par le vendeur — Offre d'achat faite après la date fixée pour la signature et après avoir obtenu des éclaircissements sur la question de l'assurance — Y a-t-il lieu d'ordonner l'exécution pure et simple de la promesse?

Contrats — Vente — Lieux endommagés par un incendie — Choix de l'acheteur de résilier la promesse de vente ou de parfaire la vente et recevoir l'indemnité d'assurance — Questions soulevées quant au montant de l'assurance et à la question de savoir s'il serait versé — Déclaration solennelle enregistrée par l'acheteur, avant la date de signature de la vente, requérant la remise en état des lieux ou une indemnité d'assurance suffisante

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

after closing date on clarification of insurance issue — Whether or not specific performance should be granted.

SOMMAIRE (Fin)

pour les remettre en état — Promesse considérée comme nulle par le vendeur — Offre d'achat faite après la date fixée pour la signature et après avoir obtenu des éclaircissements sur la question de l'assurance — Y a-t-il lieu d'ordonner l'exécution pure et simple de la promesse?

Canada
Supreme Court
Reports

Recueil des arrêts
de la Cour suprême
du Canada

Volume 2, 1986

2e volume, 1986

Melvin P. Deutsch *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* DEUTSCH

File No.: 17609.

1985: January 31; 1986: July 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Procuring — Attempt to procure person to have illicit sexual intercourse with another person — Advertisement for secretary/sales assistant — Interview indicating job requiring sexual intercourse with clients if necessary to close sales — Holding out of large financial rewards — No offer of employment made — Whether appellant's act or statements constitute attempt to procure rather than mere preparation — Whether sexual intercourse contemplated by appellant illicit sexual intercourse within s. 195(1)(a) of the Criminal Code — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 195(1)(a).

Appellant, who was in the business of selling franchises of various kinds, placed advertisements in several newspapers for a secretary/sales assistant. He conducted interviews with three female applicants and with a police officer who posed as an applicant and recorded the interview on a tape recorder. Appellant indicated to the applicants that a secretary/sales assistant would be expected to have sexual intercourse with clients or potential clients of the company where that appeared to be necessary to conclude a contract. He also indicated that a successful secretary/sales assistant could earn as much as $100,000 annually through commission or bonus on the sale of franchises. Appellant did not make an offer of employment to any of the three applicants who became uninterested after hearing the requirements of the position. The police officer, while not made an offer, was told to think it over and let appellant know when she expressed an interest in the position notwithstanding its requirements. At trial, appellant was acquitted of counts of (1) attempting to procure female persons to become common prostitutes and (2) attempting to procure female persons to have illicit intercourse with another person. The Court of Appeal dismissed the appeal from acquittal on the first count, but allowed the

Melvin P. Deutsch *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* DEUTSCH

N° du greffe: 17609.

1985: 31 janvier; 1986: 31 juillet.

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

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

Droit criminel — Proxénétisme — Tentative d'induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne — Annonce pour un poste de secrétaire adjoint aux ventes — Entrevue indiquant que le poste exigeait d'avoir des rapports sexuels avec des clients si cela était nécessaire pour conclure des ventes — Présentation de récompenses financières importantes — Aucune offre d'emploi — Les actes ou les déclarations de l'appelant constituent-ils une tentative de se livrer au proxénétisme plutôt qu'une simple préparation? — Les rapports sexuels envisagés par l'appelant étaient-ils des rapports sexuels illicites au sens de l'art. 195(1)a) du Code criminel — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 195(1)a).

L'appelant, dont l'entreprise consistait à vendre divers genres de franchises, a fait paraître des annonces dans plusieurs journaux pour un poste de secrétaire adjoint aux ventes. Il a interviewé trois candidates et un agent de police qui s'est fait passer pour une candidate et qui a enregistré l'entrevue sur bande magnétique. L'appelant a indiqué aux candidates que l'on s'attendait à ce qu'une secrétaire adjointe aux ventes ait des rapports sexuels avec les clients ou les clients éventuels de la compagnie lorsque cela paraîtrait nécessaire pour conclure un contrat. Il a également indiqué qu'une bonne secrétaire adjointe aux ventes pourrait gagner 100 000 $ par année grâce aux commissions ou aux primes sur la vente de franchises. L'appelant n'a pas offert d'emploi aux trois candidates qui, après avoir été informées des exigences du poste, n'étaient plus intéressées. Lorsque l'agent de police a dit qu'elle était intéressée par le poste, malgré ses exigences, l'appelant ne lui a pas offert d'emploi, mais il lui a dit de bien réfléchir et de lui donner une réponse. Au procès, l'appelant a été acquitté relativement aux chefs d'accusation (1) de tentative d'induire des personnes de sexe féminin à devenir des filles publiques et (2) de tentative d'induire des personnes de sexe féminin à avoir des rapports sexuels illicites avec une

appeal with respect to the second and ordered a new trial. Appellant appealed. At issue here are: (1) whether appellant's acts or statements could, as a matter of law, constitute an attempt to procure rather than mere preparation; and (2) whether the sexual intercourse contemplated by appellant would be illicit sexual intercourse within s. 195(1)(*a*) of the *Criminal Code*.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Beetz, McIntyre, Wilson and Le Dain JJ.: The word "illicit" in s. 195(1)(*a*) of the *Criminal Code* must be given the meaning that has been assigned by the weight of judicial opinion to the word "unlawful" in comparable legislative tests—as referring to sexual intercourse not authorized or sanctioned by lawful marriage. The alternative meaning—sexual intercourse prohibited by the criminal law or other enactment of positive law—apart from reducing the scope of the offence of procuring a person to have illicit sexual intercourse with another person so as to make it rarely, if ever, applicable, is not reconcilable with other provisions of the *Criminal Code*.

The evil to which s. 195(1)(*a*) is directed is procuring or soliciting, not the actual act of sexual intercourse itself. The provision is parallel to and of the same kind as that in s. 195(1)(*d*), which makes it an offence to procure a person to become a prostitute although prostitution is not itself a crime. This is true of all the offences created by s. 195. They are directed to conduct which is designed to encourage or promote conduct which itself is not criminal. If fault be found with that legislative policy it is for Parliament to make the necessary changes, not for the court to do so by giving the word "illicit" in s. 195(1)(*a*) such a restricted meaning as not only to give s. 195(1)(*a*) a very limited, if not improbable application, but also to restrict very severely the application of other important provisions of the *Criminal Code* for the protection of girls and women in which the words "illicit sexual intercourse" are used.

No satisfactory general criterion has been, or can be, formulated for drawing the line between preparation and attempt. The application of this distinction to the facts of a particular case must be left to common sense judgment.

autre personne. La Cour d'appel a rejeté l'appel interjeté contre l'acquittement prononcé à l'égard du premier chef, mais a accueilli l'appel relatif au second chef et a ordonné un nouveau procès. L'appelant a interjeté appel. Les questions en litige sont: (1) les actes ou les déclarations de l'appelant pouvaient-ils, en droit, constituer une tentative de se livrer au proxénétisme plutôt qu'une simple préparation? et (2) les rapports sexuels envisagés par l'appelant seraient-ils des rapports sexuels illicites au sens de l'al. 195(1)*a*) du *Code criminel*?

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Les juges Beetz, McIntyre, Wilson et Le Dain: Il faut donner au terme «illicites», que l'on trouve à l'al. 195(1)*a*) du *Code criminel*, le sens que la jurisprudence a attribué au terme «illicite» (*unlawful*) dans des contextes législatifs comparables, savoir qu'il vise les rapports sexuels qui ne sont pas autorisés ou permis par le mariage légal. L'autre sens, savoir les rapports sexuels interdits par le droit criminel ou toute autre règle de droit positif, en plus de réduire la portée de l'infraction que constitue le fait d'induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne, au point de la rendre rarement, voire même jamais, applicable, n'est tout simplement pas conciliable avec les autres dispositions du *Code criminel*.

Le mal que vise l'al. 195(1)*a*) est le proxénétisme ou la sollicitation et non l'acte réel que constituent les rapports sexuels eux-mêmes. La disposition est équivalente et semblable à celle de l'al. 195(1)*d*) qui crée l'infraction consistant à induire une personne à se prostituer, bien que la prostitution ne soit pas en elle-même un acte criminel. Cela est vrai pour toutes les infractions que crée l'art. 195. Elles visent une conduite qui est destinée à encourager ou à promouvoir une conduite qui n'est pas en elle-même criminelle. À supposer que cette politique législative soit considérée comme erronée, il appartient alors au législateur d'effectuer les modifications nécessaires et non à un tribunal de le faire en donnant au terme «illicites» que l'on trouve à l'al. 195(1)*a*) un sens restreint au point non seulement de donner à l'al. 195(1)*a*) une application très limitée sinon improbable, mais également de restreindre gravement l'application d'autres dispositions importantes du *Code criminel* visant la protection des personnes de sexe féminin, dans lesquelles est employée l'expression «rapports sexuels illicites».

Aucun critère général satisfaisant n'a été ou ne peut être formulé pour tracer la ligne de démarcation entre la préparation et la tentative. L'application de cette distinction aux faits d'une affaire en particulier doit être une question de jugement fondé sur le bon sens.

The distinction between preparation and attempt is essentially a qualitative one, involving the relationship between the nature and quality of the act in question and the nature of the complete offence, although consideration must be given, in making that qualitative distinction, to the relative proximity of the act in question to what would have been the completed offence, in terms of time, location and acts under the control of the accused remaining to be accomplished.

Relative proximity may give an act, which might otherwise appear to be mere preparation, the quality of attempt. But an act which on its face is an act of commission does not lose its quality as the *actus reus* of attempt because further acts were required or because a significant period of time may have elapsed before the completion of the offence.

The Court of Appeal's finding, that the offence of procuring a person to have illicit sexual intercourse with another person is not committed unless sexual intercourse actually takes place, was accepted for the purposes of deciding whether appellant's acts could, as a matter of law, constitute the *actus reus* of an attempt to procure.

If the appellant had the necessary intent to induce or persuade the women to seek employment that would require them to have sexual intercourse with prospective clients, then the holding out of the large financial rewards in the course of the interviews, in which the necessity of having sexual intercourse with prospective clients was disclosed, could constitute the *actus reus* of an attempt to procure. It would clearly be an important step in the commission of the offence. Before an offer of employment could be made in such circumstances an applicant would have to seek the position, despite its special requirement. Thus such inducement or persuasion would be the decisive act in the procuring. There would be little else that the appellant would be required to do towards the completion of the offence other than make the formal offer of employment. The holding out of the large financial rewards in the course of the interviews would not lose its quality as a step in the commission of the offence, and thus as an *actus reus* of attempt, because a considerable period of time might elapse before a person engaged for the position had sexual intercourse with prospective clients or because of the otherwise contingent nature of such sexual intercourse.

Per Lamer J.: Agreement with Le Dain J.'s broad definition of "illicit sexual intercouse" was only to the extent that those words were resorted to in s. 195(1)(*a*) of the *Criminal Code*. Accepting such a wide definition depended on the fact that an essential ingredient of

La distinction entre la préparation et la tentative est essentiellement qualitative et met en jeu le lien entre la nature et la qualité de l'acte en question et la nature de l'infraction complète, bien qu'il faille examiner, en faisant cette distinction qualitative, la proximité relative de l'acte en question avec ce qui aurait constitué une infraction complète, sous l'angle du temps, du lieu et des actes sous le contrôle de l'accusé qui restent à être accomplis.

L'imminence relative peut conférer la qualité de tentative à un acte qui autrement pourrait sembler constituer une simple préparation. Toutefois, un acte, qui à première vue est un acte de perpétration, ne perd pas sa qualité d'*actus reus* de la tentative parce que d'autres actes étaient nécessaires ou parce qu'un délai important peut s'être écoulé avant la perpétration de l'infraction.

La conclusion de la Cour d'appel, portant que l'infraction consistant à induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne n'est commise que s'il y a réellement des rapports sexuels, a été acceptée aux fins de décider si les actes de l'appelant pourraient, en droit, constituer l'*actus reus* de la tentative de se livrer au proxénétisme.

Si l'appelant avait eu l'intention nécessaire d'inciter ou de persuader les femmes à chercher un emploi exigeant qu'elles aient des rapports sexuels avec des clients éventuels, alors la présentation d'importantes récompenses financières pendant les entrevues, au cours desquelles on a fait savoir qu'il serait nécessaire d'avoir des rapports sexuels avec des clients éventuels, pourrait constituer l'*actus reus* de la tentative de se livrer au proxénétisme. De toute évidence, ce serait une étape importante dans la perpétration de l'infraction. Pour qu'une offre d'emploi puisse être faite dans de telles circonstances, une postulante devrait chercher à obtenir le poste, malgré son exigence spéciale. Ainsi, une telle incitation ou persuasion serait l'acte décisif du proxénétisme. L'appelant n'aurait pas grand chose d'autre à faire pour compléter l'infraction sinon de faire une offre d'emploi officielle. La présentation de récompenses financières importantes au cours des entrevues ne perdrait pas sa qualité d'étape dans la perpétration de l'infraction et ainsi comme *actus reus* de la tentative, parce qu'un délai important pourrait s'écouler avant qu'une personne engagée dans le poste ait des rapports sexuels avec des clients éventuels ou à cause de la nature par ailleurs incertaine de tels rapports sexuels.

Le juge Lamer: Je suis d'accord avec la définition générale que le juge Le Dain donne de l'expression «rapports «sexuels illicites» seulement dans la mesure où ces termes sont employés à l'al. 195(1)*a*) du *Code criminel*. Je n'accepte une définition aussi générale que

"procuring" or of "soliciting" under s. 195(1)(*a*) was that what was being done was done for lucre, gain, or some advantage.

si et dans la mesure où un élément essentiel de l'acte d'«induire» ou de «solliciter» au sens de l'al. 195(1)*a*), est que ce qui est accompli le soit dans un but de gain pour l'accusé ou en vue d'obtenir un certain avantage pour celui-ci.

Cases Cited

By Le Dain J.

Considered: *R. v. Karn* (1909), 20 O.L.R. 91; *R. v. Robinson* (1948), 92 C.C.C. 223; *R. v. Chapman*, [1959] 1 Q.B. 100; *R. v. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18; *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225; **referred to:** *H.M. Advocate v. Watson* (1885), 13 S.C.(J.) 6, 23 Scot. L.R. 267; *Cowan v. Milbourn* (1867), L.R. 2 Ex. 230; *Attorney General v. Ryan* (1957), 91 I.L.T.R. 164; *R. v. Turner* (1972), 8 C.C.C. (2d) 76; *Kelley v. Hart* (1934), 61 C.C.C. 364; *R. v. Brown*, [1947] O.W.N. 419; *Haughton v. Smith*, [1975] A.C. 476; *R. v. Eagleton* (1854), Dears. C.C. 376; *R. v. Robinson*, [1915] 2 K.B. 342; *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226; *R. v. Cheeseman* (1862), Le. & Ca. 140, 169 E.R. 1337; *R. v. White*, [1910] 2 K.B. 124; *Detering v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 583; *R. v. Sorell and Bondett* (1978), 41 C.C.C. (2d) 9; *R. v. Johnson* (1963), 48 Cr.App.R. 25; *R. v. Gruba*, [1969] 2 C.C.C. 365.

Jurisprudence

Citée par le juge Le Dain

Arrêts examinés: *R. v. Karn* (1909), 20 O.L.R. 91; *R. v. Robinson* (1948), 92 C.C.C. 223; *R. v. Chapman*, [1959] 1 Q.B. 100; *R. v. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18; *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225; **arrêts mentionnés:** *H.M. Advocate v. Watson* (1885), 13 S.C.(J.) 6, 23 Scot. L.R. 267; *Cowan v. Milbourn* (1867), L.R. 2 Ex. 230; *Attorney General v. Ryan* (1957), 91 I.L.T.R. 164; *R. v. Turner* (1972), 8 C.C.C. (2d) 76; *Kelley v. Hart* (1934), 61 C.C.C. 364; *R. v. Brown*, [1947] O.W.N. 419; *Haughton v. Smith*, [1975] A.C. 476; *R. v. Eagleton* (1854), Dears. C.C. 376; *R. v. Robinson*, [1915] 2 K.B. 342; *Henderson v. The King*, [1948] R.C.S. 226; *R. v. Cheeseman* (1862), Le. & Ca. 140, 169 E.R. 1337; *R. v. White*, [1910] 2 K.B. 124; *Detering c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S. 583; *R. v. Sorell and Bondett* (1978), 41 C.C.C. (2d) 9; *R. v. Johnson* (1963), 48 Cr.App.R. 25; *R. v. Gruba*, [1969] 2 C.C.C. 365.

Statutes and Regulations Cited

Act for consolidating and amending the Statutes in England relative to Offences against the Person (U.K.), 9 Geo. 4, c. 31.

Act to consolidate and amend the Statute Law of England and Ireland relating to Offences against the Person (U.K.), 24 & 25 Vict., c. 100.

Act to take away Clergy from the Offenders in Rape or Burglary and for an Order for the Delivery of Clerks Convict without Purgation (Eng.), 18 Eliz., c. 7.

Crimes Act 1908 (N.Z.), No. 32, s. 218.

Crimes Act 1961 (N.Z.), No. 43, s. 149.

Criminal Code, 1892 (Can.), c. 29, ss. 181, 182, 183, 184, 185(*a*), (*b*), (*g*), (*h*), (*i*), 187, 189.

Criminal Code, R.S.C. 1906, c. 146, ss. 216(*a*), 217.

Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 216(*a*) (later 216(1)(*a*)), 211, 212, 213, 214.

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 22, 24, 195(1)(*a*), (*d*), 146(1), (2), 150, 151, 152, 153(1)(*a*), (*b*), 154, 246.1, 246.2, 246.3.

Criminal Code Amendment Act, 1913 (Can.), c. 13, s. 9.

Criminal Law Amendment Act, 1885 (U.K.), 48 & 49 Vict., c. 69, ss. 2(1), 5.

Criminal Law Amendment Act, 1935 (Ire.), No. 6, s. 2(2).

Sexual Offences Act, 1956, 4 & 5 Eliz. 2, c. 69, s. 19(1).

Lois et règlements cités

Act for consolidating and amending the Statutes in England relative to Offences against the Person (R.-U.), 9 Geo. 4, chap. 31.

Act to consolidate and amend the Statute Law of England and Ireland relating to Offences against the Person (R.-U.), 24 & 25 Vict., chap. 100.

Act to take away Clergy from the Offenders in Rape or Burglary and for an Order for the Delivery of Clerks Convict without Purgation (Ang.), 18 Eliz, chap. 7.

Code criminel, 1892 (Can.), chap. 29, art. 181, 182, 183, 184, 185*a*), *b*), *g*), *h*), *i*), 187, 189.

Code criminel, S.R.C. 1906, chap. 146, art. 216*a*), 217.

Code criminel, S.R.C. 1927, chap. 36, art. 216*a*) (plus tard 216(1)*a*)), 211, 212, 213, 214.

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 22, 24 195(1)*a*), *d*), 146(1), (2), 150, 151, 152, 153(1)*a*), *b*), 154, 246.1, 246.2, 246.3.

Crimes Act 1908 (N.-Z.), nº 32, art. 218.

Crimes Act 1961 (N.-Z.), nº 43, art. 149.

Criminal Law Amendment Act, 1885 (R.-U.), 48 & 49 Vict., chap. 69, art. 2(1), 5.

Criminal Law Amendment Act, 1935 (Irl.), nº 6, art. 2(2).

Loi modifiant le Code criminel, 1913 (Can.), chap. 13, art. 9.

Sexual Offences Act, 1956, 4 & 5 Eliz. 2, chap. 69, art. 19(1).

Authors Cited

Great Britain. Law Commission. *Criminal Law: Attempt, and Impossibility in relation to Attempt, Conspiracy and Incitement* (Law Com. No. 102), June 25, 1980. In *Law Commission Reports*, vol. 11. Collected Edition. Abington, Oxon.: Professional Books Ltd., 1979-80, reprinted 1983.

Meehan, Eugene Rankin. *The Law of Criminal Attempt—A Treatise*. Calgary: Carswells, 1984.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1982.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 5 C.C.C. (3d) 41, allowing in part the Crown's appeal from an acquittal by Graburn Co. Ct. J. and ordering a new trial on the charge of procuring females for illicit sexual intercourse. Appeal dismissed.

Melvin P. Deutsch, on his own behalf.

David Doherty, for the respondent.

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

LE DAIN J.—This appeal, which involves a charge of attempting to procure a person to have illicit sexual intercourse with another person contrary to s. 195(1)(*a*) of the *Criminal Code*, raises two issues: the distinction between attempt and mere preparation, and the meaning of "illicit sexual intercourse".

The appeal is from the judgment of the Ontario Court of Appeal on March 17, 1983 setting aside the acquittal of the appellant by Graburn Co. Ct. J. on August 13, 1982 of the charge of attempting to procure a person to have illicit sexual intercourse with another person and ordering a new trial of the appellant on that charge.

I

During the period covered by the indictment, which is the three months ending on or about September 3, 1981, the appellant was carrying on a business known as Global Franchises Marketing,

Doctrine citée

Great Britain. Law Commission. *Criminal Law: Attempt, and Impossibility in relation to Attempt, Conspiracy and Incitement* (Law Com. No. 102), June 25, 1980. In *Law Commission Reports*, vol. 11. Collected Edition. Abington, Oxon.: Professional Books Ltd., 1979-80, reprinted 1983.

Meehan, Eugene Rankin. *The Law of Criminal Attempt—A Treatise*. Calgary: Carswells, 1984.

Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1982.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 5 C.C.C. (3d) 41, qui a accueilli en partie l'appel du ministère public interjeté contre un acquittement prononcé par le juge Graburn de la Cour de comté et qui a ordonné la tenue d'un nouveau procès relativement à l'accusation d'induire des personnes de sexe féminin à avoir des rapports sexuels illicites. Pourvoi rejeté.

Melvin P. Deutsch, pour son propre compte.

David Doherty, pour l'intimée.

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

LE JUGE LE DAIN—Le présent pourvoi, qui porte sur l'accusation d'avoir tenté d'induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne contrairement à l'al. 195(1)*a*) du *Code criminel*, soulève deux questions: la distinction qui existe entre la tentative et la simple préparation et le sens qu'il faut donner à l'expression «rapports sexuels illicites».

Le pourvoi est formé à l'encontre de l'arrêt rendu le 17 mars 1983 par la Cour d'appel de l'Ontario qui a annulé l'acquittement de l'appelant prononcé le 13 août 1982 par le juge Graburn de la Cour de comté relativement à l'accusation d'avoir tenté d'induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne, et qui a ordonné que l'appelant subisse un nouveau procès relativement à cette accusation.

I

Au cours de la période visée par l'acte d'accusation, qui est de trois mois se terminant le 3 septembre 1981 ou vers cette date, l'appelant exploitait une entreprise connue sous le nom de Global Fran-

which was engaged in selling franchises of various kinds. During this period the appellant placed an advertisement in newspapers in Ottawa, Hamilton and Toronto inviting applications for the position of secretary/sales assistant and conducted interviews with three women who responded to the advertisement and with a police officer who posed as an applicant for the position and recorded the interview on a tape recorder. The advertisement read as follows:

ENJOY TRAVEL

SECRETARY—Sales Assistant to Sales Executive. $600—$800 per month to start plus commission, bonuses, company benefits and expenses. Must be free to travel extensively. Call 746-2440 ask for Mel.

In the interviews the appellant indicated that a secretary/sales assistant would be expected to have sexual intercourse with clients or potential clients of the company where that appeared to be necessary to conclude a contract. The appellant also indicated that a successful secretary/sales assistant could earn as much as $100,000 per year through commission or bonus on the sale of franchises. The appellant did not make an offer of employment to the three applicants who testified at his trial. After hearing what the position required they said they were not interested and the interviews terminated. Nor did he make an offer of employment to the police officer who posed as an applicant, but when she told him she was interested in the position, despite its requirements, he told her to think it over and let him know.

The appellant was tried upon an indictment containing two counts: attempting to procure female persons to become common prostitutes, and attempting to procure female persons to have illicit intercourse with another person. Graburn Co. Ct. J. acquitted the appellant on both counts. He found that the appellant intended that a person hired for the position should have sexual relations with clients or potential clients, but he held, as a matter of law, that the acts or statements of the appellant did not, in the absence of an offer of employment, constitute the *actus reus* of an

chises Marketing, qui vendait divers genres de franchises. Pendant cette période, l'appelant a fait paraître une annonce dans des journaux d'Ottawa, d'Hamilton et de Toronto invitant les candidatures pour le poste de secrétaire adjoint aux ventes et a interviewé trois femmes qui ont répondu à l'annonce et un agent de police qui s'est fait passer pour une candidate et qui a enregistré l'entrevue sur bande magnétique. Voici le texte de l'annonce:

[TRADUCTION] **VOUS AIMEZ LES VOYAGES?**

SECRÉTAIRE—adjointe du directeur des ventes. Salaire de base 600 $ à 800 $ par mois plus commission, primes, avantages de la compagnie et frais de dépenses. La candidate doit être prête à voyager très souvent. Appeler Mel au 746-2440.

Pendant les entrevues, l'appelant a indiqué que l'on s'attendait à ce qu'une secrétaire adjointe aux ventes ait des rapports sexuels avec les clients ou les clients éventuels de la compagnie lorsque cela paraîtrait nécessaire pour conclure un contrat. L'appelant a également indiqué qu'une bonne secrétaire adjointe aux ventes pourrait gagner 100 000 $ par année grâce aux commissions ou aux primes sur la vente de franchises. L'appelant n'a pas offert d'emploi aux trois candidates qui ont témoigné à son procès. Après avoir été informées des exigences du poste, elles ont dit qu'elles n'étaient pas intéressées et les entrevues ont pris fin. L'appelant n'a pas non plus offert d'emploi à l'agent de police qui s'est fait passer pour une candidate, mais lorsqu'elle lui a dit qu'elle était intéressée par le poste, malgré ses exigences, il lui a dit de bien y réfléchir et de lui donner une réponse.

L'appelant a subi son procès relativement à un acte d'accusation comportant deux chefs: tentative d'induire des personnes de sexe féminin à devenir des filles publiques, et tentative d'induire des personnes de sexe féminin à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne. Le juge Graburn de la Cour de comté a acquitté l'appelant relativement aux deux chefs. Il a conclu que l'appelant prévoyait que la personne qui obtiendrait le poste devrait avoir des rapports sexuels avec des clients ou des clients éventuels, mais il a conclu, en droit, que les actes ou les déclarations de l'appelant ne

attempt to procure. In his opinion they were mere preparation. He accordingly did not find it necessary to decide whether the sexual intercourse contemplated by the appellant would be illicit sexual intercourse within s. 195(1)(*a*) or make those who engaged in it common prostitutes within s. 195(1)(*d*), as it then read.

The Ontario Court of Appeal (Martin, Houlden and Robins JJ.A.) (1983), 5 C.C.C. (3d) 41, dismissed the appeal from the acquittal on the charge of attempting to procure female persons to become common prostitutes, but allowed the appeal from the acquittal on the charge of attempting to procure female persons to have illicit sexual intercourse with another person and directed a new trial of the appellant on that count of the indictment. The Court held that the trial judge erred in concluding that the acts or statements of the appellant could not, in the absence of an offer of employment, constitute an attempt to procure rather than mere preparation. It held that there was evidence from which the trial judge could have concluded that there was both the *mens rea* and the *actus reus* required for an attempt to procure. The Court also held that the sexual intercourse contemplated by the appellant would be illicit sexual intercourse within s. 195(1)(*a*). The appellant appeals from the judgment of the Court of Appeal with respect to the second count of the indictment.

The appellant, who appeared in person on the appeal, expressed his grounds of appeal in several different ways, but in my opinion there are only two issues that require consideration by the Court:

1. Whether the Court of Appeal erred in holding that the acts or statements of the appellant could, as a matter of law, constitute an attempt to procure rather than mere preparation; and
2. Whether the Court of Appeal erred in holding that the sexual intercourse contemplated

constituaient pas, en l'absence d'une offre d'emploi, l'*actus reus* d'une tentative de se livrer au proxénétisme. À son avis, il s'agissait d'une simple préparation. En conséquence, il n'a pas jugé nécessaire de décider si les rapports sexuels envisagés par l'appelant seraient des rapports sexuels illicites au sens de l'al. 195(1)*a*) ou de déclarer que celles qui s'y adonnent sont des filles publiques au sens de l'al. 195(1)*d*), tel qu'il se lisait à l'époque.

La Cour d'appel de l'Ontario (les juges Martin, Houlden et Robins) (1983), 5 C.C.C. (3d) 41, a rejeté l'appel interjeté contre l'acquittement à l'égard de l'accusation de tentative d'induire des personnes de sexe féminin à devenir des filles publiques, mais elle a accueilli l'appel contre l'acquittement à l'égard de l'accusation de tentative d'induire des personnes de sexe féminin à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne et a ordonné que l'appelant subisse un nouveau procès relativement à ce chef d'accusation. La cour a conclu que le juge du procès avait commis une erreur en concluant que les actes ou les déclarations de l'appelant ne pouvaient pas, en l'absence d'une offre d'emploi, constituer une tentative de se livrer au proxénétisme plutôt qu'une simple préparation. Elle a conclu qu'il y avait des éléments de preuve qui auraient pu permettre au juge du procès de conclure qu'il y avait à la fois la *mens rea* et l'*actus reus* nécessaires à la tentative de se livrer au proxénétisme. La cour a également statué que les rapports sexuels envisagés par l'appelant seraient des rapports sexuels illicites au sens de l'al. 195(1)*a*). L'appelant se pourvoit contre l'arrêt de la Cour d'appel en ce qui a trait au second chef d'accusation.

L'appelant, qui a comparu en personne en appel, a formulé ses moyens d'appel de plusieurs manières différentes, mais, à mon avis, il n'y a que deux questions qui doivent être examinées par la Cour:

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en jugeant que les actes ou les déclarations de l'appelant pouvaient, en droit, constituer une tentative de se livrer au proxénétisme plutôt qu'une simple préparation? et
2. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en jugeant que les rapports sexuels envisagés

by the appellant would be illicit sexual intercourse within s. 195(1)(*a*) of the *Code*.

II

I propose to begin with the consideration of what is meant by "illicit sexual intercourse" in s. 195(1)(*a*) of the *Criminal Code*, which, at the relevant time, provided:

195. (1) Every one who

(*a*) procures, attempts to procure or solicits a female person to have illicit sexual intercourse with another person, whether in or out of Canada,

. . .

is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years.

Martin J.A., delivering the unanimous judgment of the Court of Appeal, said with reference to the meaning of "illicit sexual intercourse" at p. 52:

"Illicit sexual intercourse" in s. 195(1)(*a*) merely connotes sexual intercourse with another not authorized by law and it is not necessary for the sexual intercourse procured with another to be in itself criminal: see *R. v. Robinson* (1946), 92 C.C.C. 223, [1948] O.R. 857, [1949] 2 D.L.R. 531.

Various expressions have been used over the years to qualify the sexual intercourse contemplated by certain criminal law prohibitions enacted for the protection of girls and women. The English statute 18 Eliz., c. 7, of 1575-76 created the offence of "unlawfully and carnally" knowing and abusing any girl under ten years of age. The same offence was contained in the English statute 9 Geo. 4, c. 31, of 1828, as well as the offence of "unlawfully and carnally" knowing and abusing any girl between the ages of ten and twelve. The statute 24 & 25 Vict., c. 100, of 1861, created the offence of procuring a woman or girl under twenty-one to have "illicit carnal connexion" with any man. Section 2(1) of the *Criminal Law Amendment Act, 1885* (U.K.), 48 & 49 Vict., c. 69, made it an offence to procure or attempt to procure any girl or woman under twenty-one years of age, not being a common prostitute, or of known immoral character, to have "unlawful carnal con-

par l'appelant seraient des rapports sexuels illicites au sens de l'al. 195(1)*a*) du *Code*?

II

Je me propose de commencer par l'examen de ce que signifie l'expression «rapports sexuels illicites» que l'on trouve à l'al. 195(1)*a*) du *Code criminel* qui, à l'époque qui nous intéresse, prévoyait:

195. (1) Est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans, quiconque

a) induit, tente d'induire ou sollicite une personne du sexe féminin à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne, soit au Canada, soit hors du Canada;

Le juge Martin, en rendant le jugement unanime de la Cour d'appel, affirme ceci au sujet du sens de l'expression «rapports sexuels illicites», à la p. 52:

[TRADUCTION] L'expression «rapports sexuels illicites» que l'on trouve à l'al. 195(1)*a*) signifie simplement des rapports sexuels avec une autre personne, qui ne sont pas autorisés par la loi, et il n'est pas nécessaire que les rapports sexuels avec une autre personne soient en eux-mêmes criminels: voir *R. v. Robinson* (1946), 92 C.C.C. 223, [1948] O.R. 857, [1949] 2 D.L.R. 531.

Diverses expressions ont été utilisées au cours des années pour qualifier les rapports sexuels visés par certaines interdictions du droit criminel adoptées pour la protection des personnes de sexe féminin. La loi anglaise 18 Eliz., chap. 7, de 1575-76 crée l'infraction de connaissance et d'abus [TRADUCTION] «illicites et charnels» d'une fillette âgée de moins de dix ans. La même infraction était contenue dans la loi anglaise 9 Geo. 4, chap. 31, de 1828, ainsi que l'infraction de connaissance et d'abus [TRADUCTION] «illicites et charnels» d'une fillette âgée de dix à douze ans. La loi 24 & 25 Vict., chap. 100, de 1861 a créé l'infraction consistant à induire une femme ou fille âgée de moins de vingt et un ans à avoir [TRADUCTION] «des rapports sexuels illicites» avec une personne de sexe masculin. Le paragraphe 2(1) de la *Criminal Law Amendment Act, 1885* (R.-U.), 48 & 49 Vict., chap. 69, a créé l'infraction consistant à induire ou à tenter d'induire une fille ou femme âgée de

nexion" with any other person. *The Criminal Code, 1892* (Can.), c. 29, used the expressions "illicit connection" (ss. 181, 182, 183, 184), "unlawful carnal connection" (s. 185(*a*), (*g*), (*h*), (*i*)), "illicit intercourse" (s. 185(*b*)), and "unlawfully and carnally" (ss. 187, 189). Section 185(*a*) created the offence, modelled on s. 2(1) of the *Criminal Law Amendment Act, 1885*, of procuring or attempting to procure any girl or woman under twenty-one years of age, not being a common prostitute or of known immoral character, to have "unlawful carnal connection" with any other person. The expression "unlawful carnal connection" was retained in the *Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146, s. 216(*a*), as amended by *The Criminal Code Amendment Act, 1913* (Can.), c. 13, s. 9, and in the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, s. 216(*a*). The expression "illicit connection" appears in ss. 211, 212, 213 and 214 of the *Code* of 1927.

moins de vingt et un ans, qui n'est pas une fille publique ou qui n'est pas réputée de mauvaises mœurs, à avoir des [TRADUCTION] «rapports sexuels illicites» avec une autre personne. Le *Code criminel, 1892* (Can.), chap. 29, a utilisé les expressions «commerce illicite» (art. 181, 182, 183), «relations illicites» (art. 184), «relations sexuelles illicites» (al. 185*a*), *g*), *h*), *i*)), «commerce illicite» (al. 185*b*)), «commerce illicite et charnel» (art. 187) et «charnellement et illégalement» (art. 189). L'alinéa 185*a*) a créé l'infraction, inspirée du par. 2(1) de la *Criminal Law Amendment Act, 1885*, consistant à induire ou à tenter d'induire une fille ou femme âgée de moins de vingt et un ans, qui n'est pas une fille publique ou réputée de mauvaise mœurs, à avoir des «relations sexuelles illicites» avec une autre personne. On trouve l'expression «avoir illégalement un commerce charnel» dans le *Code criminel*, S.R.C. 1906, chap. 146, al. 216*a*), modifié par la *Loi modifiant le Code criminel, 1913* (Can.), chap. 13, art. 9, et dans le *Code criminel*, S.R.C. 1927, chap. 36, al. 216*a*). Les expressions «commerce illicite» et «relations illicites» figurent dans les art. 211, 212, 213 et 214 du *Code* de 1927.

The word "unlawful" in the statutory contexts referred to above has been treated as synonymous with "illicit" and as referring to sexual intercourse outside of marriage. In *H.M. Advocate v. Watson* (1885), 13 S.C.(J.) 6, 23 Scot. L.R. 267, the issue was the meaning of "unlawful carnal knowledge" in s. 5 of the *Criminal Law Amendment Act, 1885*, which created the offence of unlawfully and carnally knowing or attempting to have unlawful carnal knowledge of a girl between the ages of thirteen and sixteen. Lord Craighill, in charging the jury, said that "unlawful carnal knowledge is neither more nor less, where the woman is over thirteen and under sixteen years of age, than carnal knowledge by one who is not her husband."

Le terme *unlawful* utilisé dans la version anglaise des lois mentionnées ci-dessus a été traité comme un synonyme d'«illicite» et comme faisant référence aux relations sexuelles en dehors des liens du mariage. Dans *H.M. Advocate v. Watson* (1885), 13 S.C.(J.) 6, 23 Scot. L.R. 267, la question en litige portait sur le sens de l'expression *unlawful carnal knowledge* que l'on trouve à l'art. 5 de la *Criminal Law Amendment Act, 1885*, qui a créé l'infraction consistant à connaître ou à tenter de connaître charnellement et illégalement une fille âgée de treize à seize ans. Lord Craighill, dans son exposé au jury a dit que [TRADUCTION] «dans le cas d'une femme âgée de plus de treize ans et de moins de seize ans, la connaissance charnelle illégale consiste ni plus ni moins à avoir des rapports sexuels avec une personne qui n'est pas son mari.»

In *R. v. Karn* (1909), 20 O.L.R. 91 (C.A.), the relevant issue was the meaning of the word "unlawfully" in s. 217 of the *Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146, which provided that "Every one who, being the owner or occupier of any

Dans *R. v. Karn* (1909), 20 O.L.R. 91 (C.A.), la question pertinente portait sur le sens du terme «illicite» à l'art. 217 du *Code criminel*, S.R.C. 1906, chap. 146, qui prévoyait que «Toute personne qui, étant propriétaire ou occupant de lieux

premises, or having, or acting or assisting in, the management or control thereof, induces or knowingly suffers any girl under the age of eighteen years to resort to or be in or upon such premises for the purpose of being unlawfully and carnally known by any man" was guilty of an indictable offence. It was contended, as in the case at bar with reference to the word "illicit", that the word "unlawful" meant prohibited by the criminal law or other provision or rule of positive law. The Ontario Court of Appeal unanimously rejected this contention. Osler and Maclaren JJ.A. both quoted the following passage from the judgment of Bramwell B. in *Cowan v. Milbourn* (1867), L.R. 2 Ex. 230, at p. 236:

> It is strange there should be so much difficulty in making it understood that a thing may be unlawful, in the sense that the law will not aid it, and yet that the law will not immediately punish it. If that only were unlawful to which a penalty is attached, the consequence would be that, inasmuch as no penalty is provided by the law for prostitution, a contract having prostitution for its object would be valid in a court of law.

Osler J.A. referred to several sections of the *Criminal Code*, R.S.C. 1906, c. 146, in which the words "illicit connection" appeared and said at pp. 94-95:

> In these sections the words "unlawful" and "illicit" appear to me to be synonymous and to be used, in describing the act penalised, in the sense of not sanctioned or permitted by law and as distinguished from acts of sexual intercourse which are not regarded as immoral. See the Oxford and the Century Dictionaries, *sub verb.* "illicit" and "unlawful".

Maclaren J.A., observing that "the context and evil aimed at" would generally throw light on the sense in which the word "unlawful" is used in a particular section of the *Code*, said at p. 95:

> It is frequently used as synonymous with "illicit" or as being simply "not lawful" or "not authorised or permitted by law." Such meanings are given to it as usual ones in the leading dictionaries. Inasmuch as any issue from such intercourse as took place in this instance would undoubtedly be "unlawful," it would not appear to be improper to apply the word to the act itself.

quelconques, ou en ayant la direction ou le contrôle, ou prenant part ou assistant à leur direction ou à leur contrôle, induit une fille âgée de moins de dix-huit ans à fréquenter ces lieux ou à s'y trouver, ou tolère sciemment qu'elle les fréquente ou s'y trouve, dans le but d'avoir un commerce illicite et charnel avec quelqu'un» est coupable d'un acte criminel. On a soutenu, comme en l'espèce en ce qui a trait au terme «illicite», que ce mot signifiait interdit par le droit criminel ou une autre disposition ou règle de droit positif. La Cour d'appel de l'Ontario a rejeté à l'unanimité cet argument. Les juges Osler et Maclaren ont tous les deux cité l'extrait suivant de la décision du baron Bramwell dans *Cowan v. Milbourn* (1867), L.R. 2 Ex. 230, à la p. 236:

> [TRADUCTION] Il est curieux qu'il soit aussi difficile de faire comprendre qu'une chose puisse être illégale en ce sens que la loi ne l'encouragera pas et que par ailleurs la loi ne la punira pas immédiatement. Si seul était illégal ce qui est assorti d'une peine, il en résulterait que, dans la mesure où la loi ne prévoit aucune peine pour la prostitution, un contrat ayant pour objet la prostitution serait valide devant un tribunal.

Le juge Osler a mentionné plusieurs articles du *Code criminel*, S.R.C. 1906, chap. 146, dans lesquels figurent les termes «commerce illicite» et a dit aux pp. 94 et 95:

> [TRADUCTION] Dans ces articles les termes «illégal» et «illicite» me paraissent être synonymes et utilisés, pour décrire l'acte pénalisé, dans le sens qu'il n'est pas approuvé ou permis par la loi, et par opposition à des actes de rapports sexuels qui ne sont pas considérés comme immoraux. Voir les dictionnaires Oxford et Century sous les termes *illicit* et *unlawful*.

Le juge Maclaren, en faisant remarquer que [TRADUCTION] «le contexte et le mal visé» permettraient généralement d'éclaircir le sens dans lequel le terme *unlawful* est utilisé dans un article donné du *Code*, a dit à la p. 95:

> [TRADUCTION] «Il est fréquemment utilisé comme synonyme d'«illicite» ou simplement au sens de «ce qui n'est pas légal» ou de «ce qui n'est pas autorisé ou permis par la loi.» Ce sont les sens habituels que donnent les grands dictionnaires. Dans la mesure où des rapports sexuels comme ceux qui ont eu lieu en l'espèce seraient sans doute «illicites,» il n'apparaîtrait pas inapproprié d'appliquer le terme à l'acte lui-même.

Meredith J.A. said at p. 97:

In my opinion, it is not a necessary ingredient, in the crime with which the accused was charged, that the carnal knowledge should be criminal in its character; it is enough if it be unlawful; and that it was unlawful in that sense is obvious; if the accused were suing to recover money for the use of his "premises" for the purposes to which he permitted them to be put, he would fail because of the unlawful character of the transaction; if the woman sued for an agreed price of her prostitution, she would fail in like manner; if there were issue of the connection, it would be unlawful; indeed, everything connected with and issuing out of the gross immorality, would be unlawful.

In *R. v. Robinson* (1948), 92 C.C.C. 223 (Ont. C.A.), the case which was cited by Martin J.A. in support of his opinion as to the meaning of "illicit sexual intercourse" in s. 195(1)(*a*), the relevant issue was the meaning of "unlawful" in s. 216(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1927, c. 36, which made it a criminal offence for anyone to procure or solicit any girl or woman to have "unlawful carnal connection" with any other person. In rejecting the contention that "unlawful" in that context meant "contrary to law", Laidlaw J.A., with whom Henderson J.A. concurred, said at pp. 225-26:

"Lawful" means authorized by law. The prefix "un" may mean simply "not", and "unlawful" may be properly used to mean "not authorized by law". It is in that sense that the word is used in s. 216(1)(*a*) of the *Code*, and to give to it a different and more restricted meaning in that section, as urged by counsel for the appellant, would defeat the plain intention and purpose of the enactment. The wrong at which that subsection is aimed is the act of a person in procuring or attempting to procure or soliciting any girl or woman to have carnal connection with another person who has no right to engage with her in that act .... The essence of the offence created by the section under consideration is the wrongful act of any person who procures or attempts to procure or solicits any girl or woman to have carnal connection with any other person or persons not authorized by law. The conduct of that person is the criterion by which his or her guilt is to be determined and not the

Le juge Meredith a dit à la p. 97:

[TRADUCTION] À mon avis, ce n'est pas un élément nécessaire, dans le crime dont l'accusé est inculpé, que la connaissance charnelle soit de nature criminelle; il est suffisant qu'elle soit illicite; et il est évident qu'elle était illicite dans ce sens; si l'accusé poursuivait en vue de recouvrer des sommes d'argent pour l'utilisation de ses «locaux» aux fins pour lesquelles il a permis qu'ils soient utilisés, il n'aurait pas gain de cause en raison du caractère illicite de l'opération; si la femme poursuivait pour un prix convenu en ce qui a trait à sa prostitution, elle non plus n'aurait pas gain de cause; s'il était question des rapports sexuels, ils seraient illicites; en fait, tout ce qui est relié à la grossière immoralité et ce qui en découle serait illicite.

Dans l'arrêt *R. v. Robinson* (1948), 92 C.C.C. 223 (C.A. Ont.), que le juge Martin a cité à l'appui de son opinion quant au sens de l'expression «rapports sexuels illicites» que l'on trouve à l'al. 195(1)*a*), la question pertinente était le sens de l'adverbe «illégalement» utilisé à l'al. 216(1)*a*) du *Code criminel*, S.R.C. 1927, chap. 36, selon lequel est coupable d'un acte criminel quiconque induit ou sollicite une fille ou une femme à avoir «illégalement un commerce charnel» avec une autre personne. En rejetant l'argument selon lequel l'adverbe «illégalement» signifiait dans ce contexte «contraire à la loi», le juge Laidlaw, à l'avis duquel a souscrit le juge Henderson, a dit aux pp. 225 et 226:

[TRADUCTION] Le terme «légal» signifie autorisé par la loi. Le préfixe «il» peut simplement signifier «non», et le terme «illégal» peut correctement être employé pour signifier «non autorisé par la loi». C'est dans ce sens que l'adverbe est utilisé à l'al. 216(1)*a*) du *Code*, et lui donner un sens différent et plus restreint dans cette disposition, comme nous invite à le faire l'avocat de l'appelant, irait à l'encontre de l'intention et du but évidents du texte législatif. Le mal que vise cet alinéa est l'acte qu'accomplit une personne en induisant, en tentant d'induire ou en sollicitant une fille ou une femme à avoir des rapports sexuels avec une autre personne qui n'a aucun droit de le faire ... L'infraction que crée l'article faisant l'objet de l'examen consiste essentiellement en l'acte répréhensible d'une personne qui induit, tente d'induire ou sollicite une fille ou une femme à avoir des rapports sexuels avec une seule ou plusieurs autres personnes qui, en vertu de la loi, ne sont pas autorisées à le faire. La conduite de cette personne constitue le critère en fonction duquel sa culpabilité doit

criminality of the result brought about or attempted to be brought about by it.

. . .

Thus in the present case while the act of carnal connection was not shown to be an act contrary to the criminal law and it does not appear that criminal proceedings would lie in respect of it, nevertheless it was not an act authorized by law and in that sense was "unlawful" within the meaning of that word as used in s. 216(1)(*a*).

Hogg J.A., who was of the same opinion, quoted at length from the judgment of the Court of Appeal in *Karn*, *supra*, and concluded at p. 229 that the word "unlawful" in s. 216(1)(*a*) "comprises acts which are known and defined as crimes, but embraces, as well, acts which are not contrary to the law in a criminal sense."

In *Attorney General v. Ryan* (1957), 91 I.L.T.R. 164, the Supreme Court of Ireland (Maguire C.J., Kingsmill Moore and Maguire JJ.) had to consider the meaning of the word "unlawful" in s. 2(2) of the *Criminal Law Amendment Act, 1935* (Ire.), No. 6, which made it a criminal offence to attempt to have "unlawful carnal knowledge" of a girl who was between fifteen and seventeen years of age. The Court was referred to *H.M. Advocate v. Watson*, *supra*. With reference to the meaning of "unlawful", Maguire C.J. is reported as follows at p. 167: "It seemed to his Lordship that a reasonable definition of the offence with which the appellant stood charged was attempting to have carnal knowledge of a female between the age of fifteen and seventeen years, both parties being at the time of the attempt unmarried."

In *R. v. Chapman*, [1959] 1 Q.B. 100, the Court of Criminal Appeal (Devlin, Donovan and Ashworth JJ.) had to consider the meaning of "unlawful" in s. 19(1) of the *Sexual Offences Act, 1956*, 4 & 5 Eliz. 2, c. 69, which provides: "It is an offence, subject to the exception mentioned in this section, for a person to take an unmarried girl under the age of eighteen out of the possession of her parent or guardian against his will, if she is so taken with the intention that she shall have unlawful sexual intercourse with men or with a particu-

être déterminée et non le caractère criminel du résultat auquel on est parvenu ou on a tenté de parvenir.

. . .

Ainsi, en l'espèce, bien qu'il n'ait pas été démontré que les rapports sexuels constituent un acte contraire au droit criminel et qu'il ne semble pas qu'ils pourraient donner lieu à des procédures criminelles, il ne s'agissait tout de même pas d'un acte autorisé par la loi et, dans ce sens, il était «illégal» au sens de ce terme utilisé à l'al. 216(1)*a*).

Le juge Hogg, qui était du même avis, a cité en entier l'arrêt *Karn* de la Cour d'appel, précité, et a conclu, à la p. 229, que l'adverbe «illégalement» à l'al. 216(1)*a*) [TRADUCTION] «s'applique aux actes qui sont connus et définis comme des crimes, mais s'applique également à des actes qui ne sont pas contraires à la loi au sens criminel.»

Dans *Attorney General v. Ryan* (1957), 91 I.L.T.R. 164, la Cour suprême de l'Irlande (le juge en chef Maguire et les juges Kingsmill Moore et Maguire) a examiné le sens du terme «illicite» (*unlawful*) que l'on trouvait au par. 2(2) de la *Criminal Law Amendment Act, 1935* (Irl.), n° 6, selon lequel constituait un acte criminel la tentative d'avoir des «rapports sexuels illicites» (*unlawful carnal knowledge*) avec une fille âgée de quinze à dix-sept ans. La cour a mentionné l'arrêt *H.M. Advocate v. Watson*, précité. Quant au sens du terme «illicite», le juge en chef Maguire affirme ce qui suit, à la p. 167: [TRADUCTION] «Sa Seigneurie a estimé qu'une définition raisonnable de l'infraction dont l'appelant est accusé était la tentative d'avoir des rapports sexuels avec une personne de sexe féminin âgée de quinze à dix-sept ans, les deux parties n'étant pas mariées au moment de la tentative.»

Dans *R. v. Chapman*, [1959] 1 Q.B. 100, la Court of Criminal Appeal (les juges Devlin, Donovan et Ashworth) ont examiné le sens du terme «illicite» (*unlawful*) que l'on trouve au par. 19(1) de la *Sexual Offences Act, 1956*, 4 & 5 Eliz. 2, chap. 69, qui prévoit: [TRADUCTION] «Sous réserve de l'exception mentionnée dans le présent article, commet une infraction quiconque enlève une personne célibataire de sexe féminin âgée de moins de dix-huit ans, à ses parents ou à ses gardiens contre sa volonté, dans l'intention qu'elle

lar man." It was contended, as in the other cases to which I have referred, that "unlawful" meant contrary to some enactment of positive law. In rejecting this contention, Donovan J., after referring to the language used in earlier statutes creating sexual offences, said at p. 104:

No great assistance is to be derived for present purposes from the language used in these earlier statutes, except that it does suggest that the word "unlawfully" in relation to carnal knowledge has not been used with any degree of precision. It would be natural, however, for the framers of a statute, in days when the canon law would be more in their minds than today, to refer to any intercourse outside the bond of matrimony as "unlawful"; and for their successors when drafting consolidating Acts simply to repeat the word without a close consideration of its necessity or precise meaning.

We reject the argument that in section 19 of the Act of 1956 the word "unlawful" connotes intercourse contrary to some positive enactment. The argument, at once, prompts the question why, if the intercourse in question is already positively forbidden, section 19 should do it again .... the plain purpose of section 19 is to protect young unmarried girls. That protection would be largely, if not wholly, illusory if in every case it were incumbent on the prosecution to prove that she was taken from her parents for the purpose of intercourse of a kind positively forbidden by some enactment, and not for intercourse not so forbidden. We do not think that such can have been Parliament's intention.

And further with reference to the meaning of "unlawful" Donovan J. said at p. 105:

If the two interpretations suggested for the appellant are rejected, as we think they must be, then the word "unlawful" in section 19 is either surplusage or means "illicit." We do not think it is surplusage, because otherwise a man who took such a girl out of her parents' possession against their will with the honest and bona fide intention of marrying her might have no defence, even if he carried out that intention. In our view, the word simply means "illicit," i.e., outside the bond of marriage. In other words, we take the same view as the trial judge. We think this interpretation accords with the

ait des rapports sexuels illicites avec des hommes ou avec un homme en particulier.» On a soutenu, comme dans les autres affaires que j'ai mentionnées, que le terme «illicite» (*unlawful*) signifiait contraire à une disposition de droit positif. En rejetant cet argument, le juge Donovan, après avoir mentionné le langage employé dans les lois antérieures créant des infractions d'ordre sexuel, a dit à la p. 104:

[TRADUCTION] Le texte de ces lois antérieures ne nous est pas d'une grande utilité en l'espèce, sauf qu'il permet de constater que le terme «illicitement» (*unlawfully*) relativement aux rapports sexuels n'a pas été employé avec précision. Toutefois, il était naturel que les rédacteurs d'une loi, à une époque où le droit canon était plus présent dans leur esprit qu'aujourd'hui, qualifient d'«illicite» (*unlawful*) tous rapports sexuels en dehors des liens du mariage, et que leurs successeurs, en rédigeant des lois de refonte, répètent simplement le terme sans examiner de près sa nécessité ou son sens précis.

Nous rejetons l'argument selon lequel, à l'article 19 de la Loi de 1956, le terme «illicites» (*unlawful*) signifie des rapports sexuels contraires à une règle de droit positif. L'argument soulève immédiatement la question de savoir, si les rapports sexuels en question sont déjà interdits par le droit positif, pourquoi l'article 19 devrait-il les interdire encore ... ? L'objectif évident de l'article 19 est de protéger les jeunes filles célibataires. Cette protection serait largement, sinon totalement, illusoire si, dans tous les cas, il incombait à la poursuite de démontrer qu'elle a été enlevée à ses parents pour qu'elle ait des rapports sexuels d'un genre qui est absolument interdit par une disposition législative et non pour qu'elle ait des rapports sexuels qui ne sont pas ainsi interdits. Nous ne croyons pas que telle ait pu être l'intention du législateur.

Et en outre en ce qui a trait au sens du terme «illicite» (*unlawful*), le juge Donovan a dit à la p. 105:

[TRADUCTION] Si les deux interprétations proposées par l'appelante sont rejetées, comme nous croyons que ce doit être le cas, alors le terme *unlawful* à l'article 19 est superfétatoire ou signifie «illicite». Nous ne croyons pas qu'il soit superfétatoire, sinon l'homme qui a enlevé une telle jeune fille à ses parents contre leur gré dans l'intention honnête et sincère de l'épouser pourrait n'avoir aucun moyen de défense même s'il a réalisé cette intention. À notre avis, le mot signifie simplement «illicite», c'est-à-dire en dehors des liens du mariage. En d'autres termes, nous adoptons le même point de vue que

common sense of the matter, and with what we think was the obvious intention of Parliament.

Robinson, supra, was followed on the meaning of "illicit" in s. 195(1)(*a*) of the *Code* by the majority of the British Columbia Court of Appeal in *R. v. Turner* (1972), 8 C.C.C. (2d) 76, where McFarlane J.A., with whom Davey C.J.B.C. concurred, said at p. 79: "I am satisfied that the word "illicit" in that section [s. 195(1)(*a*)] is used in the sense of not being sanctioned or permitted by law and not necessarily in the sense of constituting a criminal offence: *vide R. v. Robinson* (1948), 92 C.C.C. 223, [1949] 2 D.L.R. 531, [1948] O.R. 857."

I am of the opinion that the word "illicit" in s. 195(1)(*a*) of the *Criminal Code* must be given the meaning that has been assigned by the weight of judicial opinion to the word "unlawful" in comparable legislative contexts—as referring to sexual intercourse not authorized or sanctioned by lawful marriage. The alternative meaning—sexual intercourse prohibited by the criminal law or other enactment of positive law—apart from reducing the scope of the offence of procuring a person to have illicit sexual intercourse with another person so as to make it rarely, if ever, applicable, is simply not reconcilable with other provisions of the *Criminal Code*.

The evil to which s. 195(1)(*a*) is directed is procuring or soliciting, not the actual act of sexual intercourse itself. The provision is parallel to, and of the same kind as, that in s. 195(1)(*d*), which makes it an offence to procure or attempt to procure a person to become a prostitute, although prostitution is not itself a crime. Indeed, this would appear to be true of all the offences created by s. 195. They are directed to conduct which is designed to encourage or promote conduct which is not itself criminal. If fault be found with that legislative policy it is for Parliament to make the necessary changes, not for a court to do so by giving the word "illicit" in s. 195(1)(*a*) such a

le juge de première instance. Nous croyons que cette interprétation est conforme au bon sens de l'affaire et à ce que nous croyons être l'intention évidente du législateur.

L'arrêt *Robinson*, précité, a été suivi, en ce qui concerne le sens du terme «illicites» à l'al. 195(1)*a*) du *Code*, par les juges formant la majorité de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique dans l'arrêt *R. v. Turner* (1972), 8 C.C.C. (2d) 76, où le juge McFarlane, à l'avis duquel a souscrit le juge en chef Davey, a dit à la p. 79: [TRADUCTION] «Je suis convaincu que le terme «illicites» dans cet alinéa [al. 195(1)*a*)] est employé dans le sens de non autorisés ou permis par la loi et pas nécessairement dans le sens qu'ils constituent une infraction criminelle: voir *R. v. Robinson* (1948), 92 C.C.C. 223, [1949] 2 D.L.R. 531, [1948] O.R. 857.»

Je suis d'avis qu'il faut donner au terme «illicites», que l'on trouve à l'al. 195(1)*a*) du *Code criminel*, le sens que la jurisprudence a attribué au terme «illicite» (*unlawful*) dans des contextes législatifs comparables, savoir qu'il vise les rapports sexuels qui ne sont pas autorisés ou permis par le mariage légal. L'autre sens, savoir les rapports sexuels interdits par le droit criminel ou toute autre règle de droit positif, en plus de réduire la portée de l'infraction que constitue le fait d'induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne, au point de la rendre rarement, voire même jamais, applicable, n'est tout simplement pas conciliable avec les autres dispositions du *Code criminel*.

Le mal que vise l'al. 195(1)*a*) est le proxénétisme ou la sollicitation et non l'acte réel que constituent les rapports sexuels eux-mêmes. La disposition est équivalente et semblable à celle de l'al. 195(1)*d*) qui crée l'infraction d'induire ou de tenter d'induire une personne à se prostituer, bien que la prostitution ne soit pas en elle-même un acte criminel. En fait, cela semblerait vrai pour toutes les infractions que crée l'art. 195. Elles visent une conduite qui est destinée à encourager ou à promouvoir une conduite qui n'est pas en elle-même criminelle. À supposer que cette politique législative soit considérée comme erronée, il appartient alors au législateur d'effectuer les modi-

restricted meaning as not only to give s. 195(1)(*a*) a very limited, if not improbable, application, but also to restrict very severely the application of other important provisions of the *Criminal Code* for the protection of girls and women in which the words "illicit sexual intercourse" are used.

It is highly unlikely that Parliament intended, in s. 195(1)(*a*), which now prohibits the procuring of "a person" to have illicit sexual intercourse with another person, to create an offence that was limited to: (a) procuring a person to have sexual intercourse with a female under the age of fourteen who is not his wife (s. 146(1)); (b) procuring a person to have sexual intercourse with a person who is not his wife, is of previously chaste character and is between fourteen and sixteen years of age (s. 146(2)); (c) procuring a person to commit incest (s. 150); (d) procuring a person to seduce a female person of previously chaste character who is between sixteen and eighteen years of age (s. 151); (e) procuring a person to seduce under promise of marriage an unmarried female person of previously chaste character who is less than twenty-one years of age (s. 152); (f) procuring a person to have illicit sexual intercourse with a stepdaughter, foster daughter or female ward (s. 153(1)(*a*)); (g) procuring a person to have illicit sexual intercourse with a female person of previously chaste character and under the age of twenty-one years who is in his employment or is in a common, but not necessarily similar, employment with him and is, in respect of her employment or work, under or in any way subject to his control or direction or receives her wages or salary directly or indirectly from him (s. 153(1)(*b*)); (h) procuring a person, being the owner or master of a vessel or a person employed thereon, to seduce or by the exercise of his authority, to have illicit sexual intercourse on board the vessel with a female passenger (s. 154); and (j) procuring a person to commit a sexual assault on another person (ss. 246.1, 246.2 and 246.3). Procuring a person to commit any of the above offences which involve a prohibition of sexual intercourse in certifications nécessaires et non à un tribunal de le faire en donnant au terme «illicites» que l'on trouve à l'al. 195(1)*a*) un sens restreint au point non seulement de donner à l'al. 195(1)*a*) une application très limitée sinon improbable, mais également de restreindre gravement l'application d'autres dispositions importantes du *Code criminel* visant la protection des personnes de sexe féminin, dans lesquelles est employée l'expression «rapports sexuels illicites».

Il est très invraisemblable que le législateur ait eu l'intention, à l'al. 195(1)*a*), qui interdit maintenant d'induire «une personne» à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne, de créer une infraction consistant seulement à: a) induire une personne à avoir des rapports sexuels avec une personne de sexe féminin qui a moins de quatorze ans et qui n'est pas son épouse (par. 146(1)); b) induire une personne à avoir des rapports sexuels avec une personne qui n'est pas son épouse, qui est de mœurs antérieurement chastes et qui est âgée de quatorze à seize ans (par. 146(2)); c) induire une personne à commettre un inceste (art. 150); d) induire une personne à séduire une personne de sexe féminin, de mœurs antérieurement chastes et âgée de seize à dix-huit ans (art. 151); e) induire une personne à séduire, sous promesse de mariage, une personne célibataire du sexe féminin, de mœurs antérieurement chastes et âgée de moins de vingt et un ans (art. 152); f) induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec sa belle-fille par remariage, sa fille adoptive ou sa pupille (al. 153(1)*a*)); g) induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une personne de sexe féminin de mœurs antérieurement chastes et âgée de moins de vingt et un ans qui est à son emploi ou qui détient avec elle quelque commun emploi mais non nécessairement similaire et se trouve, à l'égard de son emploi ou travail, sous son contrôle ou sa direction ou, de quelque façon assujettie à son contrôle ou à sa direction ou reçoit ses gages ou son salaire directement ou indirectement d'elle (al. 153(1)*b*)); h) induire une personne, étant le propriétaire ou capitaine d'un navire ou étant employée à bord d'un tel navire, à séduire une passagère, ou par l'exercice de son autorité, à avoir des rapports sexuels illicites avec une passagère à bord du navire (art. 154); et j) induire une per-

tain circumstances, apart from the unlikelihood of its arising in most cases, is already made a criminal offence by s. 22 of the *Code*. It is highly unlikely that Parliament would have considered s. 195(1)(*a*) necessary for such a purpose. On this view of the meaning of "illicit sexual intercourse" there would remain, however, the possibility of making it an offence to procure a female person to have sexual intercourse with another person in any of the above situations. This too, however, would severely limit the application of s. 195(1)(*a*) and in a manner that would appear to be contrary to an earlier expression of legislative intention. For example, limiting the offence created by s. 195(1)(*a*) to procuring a female person under the age of fourteen years or between fourteen and sixteen years of age to have sexual intercourse with another person (s. 146(1) and (2)) would not only severely limit the extent to which s. 195(1)(*a*) could apply to the kind of procuring to which it is obviously directed, but would be contrary to the legislative intention earlier evidenced by the removal of the age limit that was formerly in the provision which is now s. 195(1)(*a*). (Cf. s. 185(*a*) of *The Criminal Code, 1892*, referred to above).

Finally, giving the word "illicit" the restricted meaning suggested would seriously restrict or compromise the application of the other provisions of the *Code* for the protection of girls and women in which the words "illicit sexual intercourse" are used. I have referred to three of them: s. 153(1)(*a*), which makes it a criminal offence to have illicit sexual intercourse with a stepdaughter, foster daughter or female ward; s. 153(1)(*b*), which makes it a criminal offence for a person to have illicit sexual intercourse with a female person of previously chaste character and under the age of twenty-one years who is in his employment or is in a common, but not necessarily similar, employment with him and is, in respect of her employ-

sonne à agresser sexuellement une autre personne (art. 246.1, 246.2 et 246.3). Induire une personne à commettre l'une des infractions mentionnées ci-dessus qui comporte l'interdiction d'avoir des rapports sexuels dans certaines circonstances, outre l'improbabilité qu'elle se produise dans la plupart des cas, est déjà une infraction criminelle en vertu de l'art. 22 du *Code*. Il est très peu probable que le législateur aurait considéré que l'al. 195(1)*a*) était nécessaire à cette fin. En ce qui a trait à cette opinion quant au sens de l'expression «rapports sexuels illicites», il reste toutefois la possibilité de déclarer que constitue une infraction le fait d'induire une personne de sexe féminin à avoir des rapports sexuels avec une autre personne dans l'une ou l'autre des situations mentionnées ci-dessus. Toutefois, cela aussi restreindrait gravement l'application de l'al. 195(1)*a*) et d'une manière qui paraîtrait contraire à une expression précédente de l'intention du législateur. Par exemple, limiter l'infraction créée par l'al. 195(1)*a*) au fait d'induire une personne de sexe féminin âgée de moins de quatorze ans ou âgée de quatorze à seize ans à avoir des rapports sexuels avec une autre personne (par. 146(1) et (2)) aurait non seulement pour effet de restreindre gravement l'application de l'al. 195(1)*a*) au genre de proxénétisme qu'il vise manifestement, mais serait également contraire à l'intention du législateur qui a été démontrée précédemment par le retrait de la limite d'âge que comportait auparavant la disposition qui est maintenant devenue l'al. 195(1)*a*). (Voir l'al. 185*a*) du *Code criminel, 1892*, mentionné ci-dessus).

Finalement, en donnant au terme «illicites» le sens restreint qui est proposé, on limiterait ou on compromettrait gravement l'application des autres dispositions du *Code* visant la protection des personnes de sexe féminin, dans lesquelles l'expression «rapports sexuels illicites» est employée. J'en ai mentionné trois: l'al. 153(1)*a*) qui crée l'infraction criminelle consistant à avoir des rapports sexuels illicites avec sa belle-fille par remariage, sa fille adoptive ou sa pupille; l'al. 153(1)*b*) selon lequel commet une infraction criminelle la personne qui a des rapports sexuels illicites avec une personne de sexe féminin, de mœurs antérieurement chastes et âgée de moins de vingt et un ans, qui est à son emploi ou qui détient avec elle quelque commun

ment or work, under or in any way subject to his control or direction or receives her wages or salary directly or indirectly from him; and s. 154, which makes it a criminal offence for an owner or master of a vessel or a person employed thereon, to seduce or, by the exercise of his authority, have illicit sexual intercourse on board the vessel with a female passenger. To these may be added the following provisions: s. 166(*a*), which makes it a criminal offence for a parent or guardian of a female person to procure her to have illicit sexual intercourse with a person other than the procurer; and s. 167, which makes it a criminal offence for the owner, occupier or manager of premises, or one having control thereof or assisting in the management or control thereof, to permit a female person under the age of eighteen to resort to or to be in or upon the premises for the purpose of having illicit sexual intercourse with a particular male person or with male persons generally. Parliament cannot have intended that these offences should be limited to cases in which the resulting sexual intercourse is otherwise prohibited by the *Criminal Code*. This is particularly unthinkable, for example, of the offence of having illicit sexual intercourse with a stepdaughter, foster daughter or female ward.

It may be noted that in s. 146 the *Code* does not find it necessary to use the word "illicit" to qualify the words "sexual intercourse" where what is specifically prohibited is having sexual intercourse with a female person under the age of fourteen who is not one's wife. It is also of interest to note the change made by New Zealand legislation in the provision which corresponds to s. 195(1)(*a*) of the *Code*. Section 218 of the New Zealand *Crimes Act 1908* (N.Z.), No. 32, provided: "Every one is liable to two years' imprisonment ... who, from motives of lucre, by false pretences, or false representations, or other fraudulent means, procures any woman or girl under the age of twenty-one years to have illicit carnal connection with any

emploi, mais non nécessairement similaire, et se trouve, à l'égard de son emploi ou travail, sous son contrôle ou sa direction ou de quelque façon assujettie à son contrôle ou à sa direction, ou qui reçoit ses gages ou son salaire directement ou indirectement d'elle; et l'art. 154 selon lequel commet une infraction criminelle le propriétaire ou le capitaine d'un navire ou une personne employée à bord de ce navire, qui séduit ou qui, par l'exercice de son autorité, a avec une passagère des rapports sexuels illicites à bord du navire. À ces dispositions on peut ajouter les suivantes: l'al. 166*a*) selon lequel commet une infraction criminelle le père, la mère ou le tuteur d'une personne du sexe féminin qui amène cette dernière à avoir des rapports sexuels illicites avec une personne autre que l'entremetteur; et l'art. 167 selon lequel commet une infraction criminelle quiconque, étant le propriétaire, l'occupant ou le gérant d'un local, ou ayant le contrôle d'un local ou aidant à l'administration ou au contrôle d'un local, permet qu'une personne du sexe féminin, âgée de moins de dix-huit ans, fréquente le local ou s'y trouve pour y avoir des rapports sexuels illicites avec une personne du sexe masculin en particulier ou avec des personnes du sexe masculin en général. Le législateur ne peut avoir eu l'intention de limiter ces infractions aux cas où les rapports sexuels qui résultent sont par ailleurs interdits par le *Code criminel*. Cela est particulièrement impensable, par exemple, en ce qui a trait à l'infraction qui consiste à avoir des rapports sexuels illicites avec sa belle-fille par remariage, sa fille adoptive ou sa pupille.

On peut souligner qu'à l'art. 146 du *Code* on n'a pas jugé nécessaire d'employer le terme «illicites» pour qualifier l'expression «rapports sexuels» dans le cas où ce qui est précisément interdit ce sont les rapports sexuels avec une personne du sexe féminin qui a moins de quatorze ans et qui n'est pas son épouse. De plus, il est intéressant de noter la modification apportée par la loi de la Nouvelle-Zélande dans la disposition qui correspond à l'al. 195(1)*a*) du *Code*. L'article 218 de la *Crimes Act 1908* (N.-Z.), n° 32, de la Nouvelle-Zélande prévoyait: [TRADUCTION] «Est passible d'un emprisonnement de deux ans ... quiconque, pour des motifs de gain, au moyen de faux prétextes ou de fausses représentations ou tout autre moyen frau-

man." It was replaced by s. 149 of the *Crimes Act 1961* (N.Z.), No. 43, which reads: "Every one is liable to imprisonment for a term not exceeding five years who, for gain or reward, procures or agrees or offers to procure any woman or girl to have sexual intercourse with any male who is not her husband." This reflects, I think, what has been traditionally and generally understood by the word "unlawful" or "illicit" in this context.

For the foregoing reasons I am of the respectful opinion that the Court of Appeal did not err in holding that the sexual intercourse contemplated by the appellant would be "illicit sexual intercourse" within s. 195(1)(*a*) of the *Code*.

III

I turn now to the question whether the acts or statements of the appellant could, as a matter of law, constitute the *actus reus* of an attempt to procure a person to have illicit sexual intercourse with another person, contrary to s. 195(1)(*a*) of the *Code*. The general provision of the *Code* defining the constituent elements of an attempt to commit an offence is s. 24, which provides:

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.

The issue is whether, if there was the necessary intent, the acts of the appellant were mere preparation to commit the offence of procuring a person to have illicit sexual intercourse with another person or whether any of them was a step in the commission of the offence, and the extent to which that distinction is to turn on the relative remoteness of the act in question from what would have been the completion of the offence. This issue, as

duleux, induit une femme ou fille âgée de moins de vingt et un ans à avoir des rapports sexuels illicites avec un homme.» Cet article a été remplacé par l'art. 149 de la *Crimes Act 1961* (N.-Z.), nº 43, qui prévoit: [TRADUCTION] «Est passible d'une peine d'emprisonnement d'au plus cinq ans, quiconque, dans un but de gain ou de rétribution, induit, ou accepte ou offre d'induire une femme ou fille à avoir des rapports sexuels avec un homme qui n'est pas son époux.» À mon avis cet article traduit ce qu'on entend traditionnellement et généralement par le terme «illicite» dans ce contexte.

Pour les motifs qui précèdent, je suis d'avis que la Cour d'appel n'a pas commis d'erreur en statuant que les rapports sexuels envisagés par l'appelant seraient des «rapports sexuels illicites» au sens de l'al. 195(1)*a*) du *Code*.

III

Je passe maintenant à la question de savoir si les actes ou les déclarations de l'appelant pouvaient, en droit, constituer l'*actus reus* de la tentative d'induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne, contrairement à l'al. 195(1)*a*) du *Code*. La disposition générale du *Code* qui définit les éléments constitutif de la tentative de commettre une infraction est l'art. 24 qui prévoit:

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.

La question est de savoir, à supposer qu'il y ait eu intention nécessaire, si les actes de l'appelant étaient une simple préparation à la perpétration de l'infraction consistant à induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne, ou si l'un d'entre eux constituait une étape de la perpétration de l'infraction, et dans quelle mesure cette distinction peut dépendre de l'éloignement relatif de l'acte en question de ce qui

s. 24 indicates, is a question of law. The appellant contends that the Court of Appeal erred in holding that one of the acts of the appellant could, if there was the necessary intent, constitute the *actus reus* of an attempt to procure.

The trial judge found that the appellant "intended that the women in question should have sexual relations with prospective customers and clients", but that the acts of the appellant, consisting of the advertisements, the interviews and what was said during the interviews concerning the requirements of the position and the money to be earned, were mere preparation and too remote from the complete offence of procuring to constitute the *actus reus* of an attempt to procure. He said:

I do not agree with crown counsel that if the accused had offered employment to the women that the full offence of procuring would be made out. While it is unnecessary for me to decide the issue, it would seem to me that if an offer of employment had been accepted by the women, then the full offence of procuring would have been established. I am of the view that had there been an offer of employment to the women in question, then an attempt to procure would have been established by the crown.The placement of the advertisements in the paper cannot, standing by itself, be considered as anything other than mere preparation. It is too remote towards the commission of the offence. Likewise, in my judgment, so is the interview considered solely in the light of the job specifications. An explanation of what the applicant would be required to do does not constitute an attempt to cause or induce a status or act prohibited by Section 195. The professed rewards attendant upon such a status or act cannot in my judgment constitute an act going beyond mere preparation, unless the position was offered to the applicant. The allure of the rewards remains in the area of preparation. Had the position been offered to the applicant, then there would be an act immediately connected with the commission of the offence, although it would not necessarily be the last act in the accused's attempt, but absent such an offer, as a question of law, the interviews and the contents of them remain, in my judgment, preparation only. I consider that the interview and its content was an act remotely leading to the commission of the offence, and was not an act immediately connected with it, nor sufficiently proximate to it so as to constitute an attempt; the latter language being used by the Ontario Court of Appeal in

aurait été l'accomplissement de l'infraction. Cette question comme l'art. 24 l'indique, est une question de droit. L'appelant soutient que la Cour d'appel a commis une erreur en statuant que l'un des actes de l'appelant pouvait, s'il y avait l'intention nécessaire, constituer l'*actus reus* de la tentative de se livrer au proxénétisme.

Le juge du procès a conclu que l'appelant [TRADUCTION] «voulait que les femmes en question aient des rapports sexuels avec des clients éventuels», mais que les actes de l'appelant, c.-à-d. les annonces, les entrevues et ce qui a été dit au cours des entrevues au sujet des exigences du poste et du traitement, constituaient une simple préparation et étaient trop éloignés de l'infraction complète de proxénétisme pour constituer l'*actus reus* de la tentative de se livrer au proxénétisme. Il a dit:

[TRADUCTION] Je ne suis pas d'accord avec l'avocat de la poursuite pour dire que, si l'accusé avait offert un emploi aux femmes, la perpétration de l'infraction de proxénétisme aurait été complète. Bien qu'il ne me soit pas nécessaire de trancher la question, il me semble que si une offre d'emploi avait été acceptée par les femmes, alors l'infraction complète de proxénétisme aurait été établie. Je suis d'avis que si une offre d'emploi avait été faite aux femmes en question, alors la poursuite aurait établi la tentative de se livrer au proxénétisme. Le fait de faire paraître des annonces dans un journal ne peut, en soi, être considéré comme autre chose qu'une simple préparation. Cela est trop éloigné de la perpétration de l'infraction. De même, à mon sens, c'est le cas de l'entrevue considérée uniquement sous l'angle des caractéristiques de l'emploi. Une explication de ce que la postulante aurait été tenue de faire ne constitue pas une tentative de causer ou de provoquer une situation personnelle ou un acte interdit par l'art. 195. Les récompenses déclarées qui découlent d'une telle situation personnelle ou d'un tel acte ne peuvent à mon avis constituer un acte allant plus loin que la simple préparation, à moins que le poste n'ait été offert à la postulante. L'attrait des récompenses demeure dans le domaine de la préparation. Si le poste avait été offert à la postulante, il y aurait alors un acte directement lié à la perpétration de l'infraction, même si ce n'était pas nécessairement le dernier acte de la tentative de l'accusé, mais en l'absence d'une telle offre, à titre de question de droit, les entrevues et leur contenu demeurent, selon moi, de la préparation uniquement. J'estime que l'entrevue et son contenu constituaient un acte qui a conduit d'une manière éloignée à la perpétration de

the case of *Sorrell* and *Bondett* which was decided in 1978 and is reported in 41 C.C.C. (2d) at p. 9.

The Court of Appeal held that the trial judge had not made a finding as to whether the appellant had the requisite *mens rea* or intent to commit the offence of procuring, but that the holding out of large financial rewards in the course of the interviews could, as a matter of law, constitute the *actus reus* of an attempt to procure. Martin J.A. said at p. 50:

The trial judge, as previously mentioned, found that the respondent intended that "the women in question" should have sexual intercourse with clients or potential clients if necessary to obtain a contract. I interpret that finding in its context as a finding that the respondent in the interviews with the three young women who answered the advertisement and with Constable Barkey did state and meant to state that the position required them to have sexual intercourse with clients or potential clients, and further that he contemplated that such sexual intercourse would take place as incidental to the employment. The trial judge made no finding that the respondent endeavoured to persuade the applicants to take the job and it is, I think, clear on the evidence that the respondent did not expressly attempt to persuade them to take such employment and indeed the trial judge found that the respondent had never offered the position to any of them. The holding out of large financial rewards in the context of the interviews was capable, however, not only of providing evidence of an intention to induce the applicants to become so employed, but was also capable of constituting the *actus reus* of an attempt to procure the applicants to have illicit sexual intercourse contrary to s. 195.

Martin J.A. expressed his conclusions on this issue as follows at pp. 56-57:

Notwithstanding the cases which hold that an invitation or an act of persuasion may constitute an attempt to procure, I think it is possible to imagine cases where an act of persuasion or the holding out of an inducement to a woman to have sexual intercourse with another at some remote time in the future and subject to contingencies which might never occur, would be too remote from the actual procurement of illicit sexual intercourse to

l'infraction et non pas un acte directement lié à celle-ci, ni suffisamment proche pour constituer une tentative; ces derniers termes ont été utilisés par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Sorrell* and *Bondett* qui a été rendu en 1978 et qui est publié à 41 C.C.C. (2d), à la p. 9.

La Cour d'appel a conclu que le juge du procès n'avait pas statué sur la question de savoir si l'appelant avait la *mens rea* ou l'intention nécessaire pour commettre l'infraction de proxénétisme, mais que la présentation de récompenses financières importantes au cours des entrevues pouvait, en droit, constituer l'*actus reus* de la tentative de proxénétisme. Le juge Martin a dit à la p. 50:

[TRADUCTION] Le juge du procès, comme je l'ai déjà mentionné, a conclu que l'intimé prévoyait que [TRADUCTION] «les femmes en question» devraient avoir des rapports sexuels avec des clients ou des clients éventuels si c'était nécessaire pour obtenir un contrat. J'interprète cette conclusion dans son contexte comme une conclusion que l'intimé, dans les entrevues avec les trois jeunes femmes qui ont répondu à l'annonce et avec l'agent Barkey, a déclaré et a voulu déclarer que le poste exigeait qu'elles aient des rapports sexuels avec des clients ou des clients éventuels et en outre qu'il envisageait que ces rapports sexuels seraient accessoires à l'emploi. Le juge du procès n'a nullement conclu que l'intimé avait tenté de persuader les requérantes d'accepter l'emploi et, à mon avis, il est clair d'après les éléments de preuve que l'intimé n'a pas expressément tenté de les persuader d'accepter un tel emploi et en fait le juge du procès a conclu que l'intimé n'avait jamais offert le poste à aucune d'entre elles. Toutefois, la présentation de récompenses financières importantes dans le contexte des entrevues pouvait non seulement constituer un élément de preuve de l'intention d'inciter les requérantes à accepter l'emploi, mais pouvait également constituer l'*actus reus* de la tentative d'induire les requérantes à avoir des rapports sexuels illicites contrairement à l'art. 195.

Le juge Martin a exprimé ses conclusions sur cette question de la manière suivante aux pp. 56 et 57:

[TRADUCTION] Nonobstant les décisions où l'on a jugé qu'une invitation ou un acte de persuasion peut constituer une tentative de se livrer au proxénétisme, je crois qu'il est possible d'imaginer des situations dans lesquelles un acte de persuasion ou la présentation d'un avantage à une femme pour l'inciter à avoir des rapports sexuels avec une autre personne à un certain moment dans l'avenir et sous réserve d'événements qui peuvent

constitute an attempt to procure. I think, however, that in this case there was evidence upon which it would be open to a court to find that the respondent by holding out the lure of large financial rewards intended to induce the women in question to accept employment involving sexual intercourse with clients or potential clients if necessary to further his business interests and that the respondent contemplated that such sexual intercourse would be required and would occur as a normal incident of the employment. If the trial judge made those findings it would be open to him to find that the respondent had attempted to procure the women in question to have illicit sexual intercourse with another person. On the other hand, if the respondent never intended to offer the employment to the women in question, that would, of course, negative an intention to induce them to have illicit sexual intercourse with another person. These are issues of fact entirely within the province of the trial judge. The respondent's liability for attempting to procure the women for the proscribed purpose was not dependent, however, on whether he had formally offered them the job. The holding out of the financial rewards with the requisite intent to persuade the women to have illicit sexual intercourse with clients or prospective clients was itself sufficient to constitute the *actus reus* of an attempt to procure the women in question to have illicit sexual intercourse with another person.

ne jamais se produire, seraient trop éloignés de l'incitation réelle à avoir des rapports sexuels illicites pour constituer une tentative de se livrer au proxénétisme. Toutefois, je crois qu'en l'espèce il y a des éléments de preuve qui permettraient à un tribunal de conclure que l'intimé en faisant miroiter une récompense financière importante avait l'intention d'inciter les femmes en question à accepter un emploi exigeant qu'elles aient des rapports sexuels avec des clients ou des clients éventuels si c'était nécessaire pour favoriser ses intérêts commerciaux, et que l'intimé envisageait que ces rapports sexuels seraient nécessaires et se produiraient comme étant rattachés normalement à l'emploi. Si le juge du procès était arrivé à ces conclusions, il aurait pu juger que l'intimé avait tenté d'induire les femmes en question à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne. Par ailleurs, si l'intimé n'avait jamais eu l'intention d'offrir l'emploi aux femmes en question, cela aurait évidemment pour effet de réfuter l'intention de les inciter à avoir des rapports sexuels illicites avec d'autres personnes. Ce sont des questions de fait qui relèvent entièrement de la compétence du juge du procès. Toutefois, la responsabilité de l'intimé pour avoir tenté d'obtenir les services des femmes dans le but proscrit ne dépendait pas de la question de savoir s'il leur avait formellement offert l'emploi. La présentation des récompenses financières avec l'intention nécessaire de persuader les femmes à avoir des rapports sexuels illicites avec des clients ou des clients éventuels était en elle-même suffisante pour constituer l'*actus reus* de la tentative d'induire les femmes en question à avoir des rapports sexuels illicites avec d'autres personnes.

Several different tests for determining whether there is the *actus reus* of attempt, as distinct from mere preparation to commit an offence, have been identified as reflected at one time or another in judicial decisions and legislation. All of them have been pronounced by academic commentators to be unsatisfactory in some degree. For a thorough analysis of the various tests, with suggestions for an improved test, see Meehan, *The Law of Criminal Attempt—A Treatise*, 1984, chapter 5, and Stuart, *Canadian Criminal Law*, 1982, pp. 529 ff. There is a succinct appraisal of the various tests in the English Law Commission's Report No. 102 of 1980 entitled, *Criminal Law: Attempt, and Impossibility in relation to Attempt, Conspiracy and Incitement*. It has been frequently observed that no satisfactory general criterion has been, or can be, formulated for drawing the line between preparation and attempt, and that the application

Plusieurs critères différents permettant de déterminer s'il y a *actus reus* de la tentative, par opposition à la simple préparation en vue de commettre une infraction, ont été identifiés à un moment donné dans la jurisprudence et dans les lois. Les auteurs de doctrine n'en ont trouvé aucun qui soit entièrement satisfaisant. Pour une analyse en profondeur de ces divers critères, avec des suggestions de critère amélioré, voir Meehan, *The Law of Criminal Attempt—A Treatise*, 1984, chapitre 5, et Stuart, *Canadian Criminal Law*, 1982, pp. 529 et suiv. On trouve une brève évaluation des divers critères dans l'English Law Commission's Report nº 102 de 1980, qui a pour titre *Criminal Law: Attempt, and Impossibility in relation to Attempt, Conspiracy and Incitement*. On a souvent fait remarquer qu'aucun critère général satisfaisant n'a été ou ne peut être formulé pour tracer la ligne de démarcation entre la préparation et la

of this distinction to the facts of a particular case must be left to common sense judgment. See, for example, *Kelley v. Hart* (1934), 61 C.C.C. 364, *per* McGillivray J.A. at p. 370; *R. v. Brown*, [1947] O.W.N. 419, *per* Laidlaw J.A. at p. 421; *R. v. Cline* (1956), 115 C.C.C. 18, *per* Laidlaw J.A. at p. 26; and *Haughton v. Smith*, [1975] A.C. 476, *per* Lord Reid at p. 499. Despite academic appeals for greater clarity and certainty in this area of the law I find myself in essential agreement with this conclusion.

In my opinion the distinction between preparation and attempt is essentially a qualitative one, involving the relationship between the nature and quality of the act in question and the nature of the complete offence, although consideration must necessarily be given, in making that qualitative distinction, to the relative proximity of the act in question to what would have been the completed offence, in terms of time, location and acts under the control of the accused remaining to be accomplished. I find that view to be compatible with what has been said about the *actus reus* of attempt in this Court and in other Canadian decisions that should be treated as authoritative on this question.

The most recent expression of opinion in this Court on what constitutes an attempt to commit an offence is the judgment in *R. v. Ancio*, [1984] 1 S.C.R. 225, where the issue was the intent required for attempted murder. McIntyre J., in the course of a review of the development of the law of attempt, said with reference to the *mens rea* and the *actus reus* of attempt at p. 247:

> As with any other crime, the Crown must prove a *mens rea*, that is, the intent to commit the offence in question and the *actus reus*, that is, some step towards the commission of the offence attempted going beyond mere acts of preparation. Of the two elements the more significant is the *mens rea*.

McIntyre J. referred with approval to the judgment of Laidlaw J.A. in *R. v. Cline*, *supra*, particularly for what it said concerning the relative

tentative et que l'application de cette distinction aux faits d'une affaire en particulier devait être une question de jugement fondé sur le bon sens. Voir, par exemple, *Kelley v. Hart* (1934), 61 C.C.C. 364, le juge McGillivray, à la p. 370; *R. v. Brown*, [1947] O.W.N. 419, le juge Laidlaw, à la p. 421; *R. v. Cline* (1956), 155 C.C.C. 18, le juge Laidlaw, à la p. 26; et *Haughton v. Smith*, [1975] A.C. 476, lord Reid, à la p. 499. Malgré les demandes des auteurs de doctrine pour plus de clarté et plus de certitude dans ce domaine du droit, je suis essentiellement d'accord avec cette conclusion.

À mon avis, la distinction entre la préparation et la tentative est essentiellement qualitative et met en jeu le lien entre la nature et la qualité de l'acte en question et la nature de l'infraction complète, bien qu'il faille nécessairement examiner, en faisant cette distinction qualitative, la proximité relative de l'acte en question avec ce qui aurait constitué une infraction complète, sous l'angle du temps, du lieu et des actes sous le contrôle de l'accusé qui restent à être accomplis. Je conclus que cette opinion est compatible avec ce qui a été dit au sujet de l'*actus reus* de la tentative en cette Cour et dans d'autres décisions canadiennes qui doivent être considérées comme faisant autorité sur la question.

La plus récente expression d'un avis en cette Cour sur ce qui constitue une tentative de commettre une infraction se trouve dans l'arrêt *R. c. Ancio*, [1984] 1 R.C.S. 225, où la question en litige portait sur l'intention nécessaire en matière de tentative de meurtre. Le juge McIntyre, dans le cadre d'un examen de l'évolution du droit en matière de tentative, a dit en ce qui a trait à la *mens rea* et à l'*actus reus* applicables à la tentative, à la p. 247:

> Comme dans le cas de tout autre crime, le ministère public doit prouver la *mens rea*, c'est-à-dire l'intention de commettre l'infraction en question, et l'*actus reus*, c'est-à-dire une mesure quelconque en vue de commettre l'infraction, autre que les simples actes de préparation. Le plus important de ces deux éléments est la *mens rea*.

Le juge McIntyre a mentionné et approuvé le jugement du juge Laidlaw dans *R. v. Cline*, précité, particulièrement pour ce qu'il dit concernant

importance of *mens rea* in attempt, but that judgment has also been treated as helpful for what it said concerning the application of the distinction between preparation and attempt. With reference to this question Laidlaw J.A. said at p. 28:

> The consummation of a crime usually comprises a series of acts which have their genesis in an idea to do a criminal act; the idea develops to a decision to do that act; a plan may be made for putting that decision into effect; the next step may be preparation only for carrying out the intention and plan; but when that preparation is in fact fully completed, the next step in the series of acts done by the accused for the purpose and with the intention of committing the crime as planned cannot, in my opinion, be regarded as remote in its connection with that crime. The connection is in fact proximate.

Laidlaw J.A. offered six propositions by way of guidance for determination of the requisite *mens rea* and *actus reus* of attempt, the last two of which, with reference to the *actus reus*, are as follows:

> (5) The *actus reus* must be more than mere preparation to commit a crime. But (6) when the preparation to commit a crime is in fact fully complete and ended, the next step done by the accused for the purpose and with the intention of committing a specific crime constitutes an *actus reus* sufficient in law to establish a criminal attempt to commit that crime.

The extent to which some version of the proximity test, which was formulated in *R. v. Eagleton* (1854), Dears. C.C. 376 (C.C.R.), and applied in the much-criticized case of *R. v. Robinson*, [1915] 2 K.B. 342 (C.C.A.), as a "last step" or "last stage" test (cf. English Law Commission, *op. cit.*, pp. 335-36), is to be applied in drawing the distinction between preparation and attempt has also been the subject of commentary in this Court. In *Henderson v. The King*, [1948] S.C.R. 226, where one of the issues was whether there had been an attempt to rob a bank, Estey J., who was one of the majority holding that there had been an attempt, said at p. 244:

> Counsel for the accused referred to a number of cases in which the attempted crime was either against the

l'importance relative de la *mens rea* applicable à la tentative, mais ce jugement a également été considéré comme utile pour ce qu'il dit concernant l'application de la distinction entre la préparation et la tentative. En ce qui a trait à cette question, le juge Laidlaw a dit à la p. 28:

> [TRADUCTION] La perpétration d'un crime comprend habituellement une série d'actes qui débute par l'idée d'accomplir un acte criminel; l'idée se transforme en décision d'accomplir cet acte; un projet peut être élaboré pour mettre cette décision à exécution; l'étape suivante peut être la préparation seulement en vue de mettre en œuvre l'intention et le projet; mais lorsque cette préparation est en fait entièrement terminée, l'étape suivante dans la série d'actes accomplis par l'accusé dans le but et l'intention de commettre le crime projeté ne peut, à mon avis, être considérée comme éloignée dans son rapport avec ce crime. Le rapport est en fait rapproché.

Le juge Laidlaw a présenté six propositions à titre d'indication pour déterminer la *mens rea* et l'*actus reus* nécessaires en matière de tentative, dont les deux derniers en ce qui a trait à l'*actus reus*, sont les suivants:

> [TRADUCTION] (5) L'*actus reus* doit être plus qu'une simple préparation en vue de commettre un crime. Mais (6) lorsque la préparation en vue de commettre un crime est en fait entièrement terminée, la démarche suivante faite par l'accusé dans le but et l'intention de commettre un crime précis constitue un *actus reus* suffisant en droit pour établir la tentative criminelle de commettre ce crime.

La mesure dans laquelle une certaine version du critère de l'imminence, qui a été formulée dans *R. v. Eagleton* (1854), Dears. C.C. 376 (C.C.R.), et appliquée dans l'arrêt qui a soulevé de nombreuses critiques *R. v. Robinson*, [1915] 2 K.B. 342 (C.C.A.), comme critère de la [TRADUCTION] «dernière étape» (voir English Law Commission, précité, aux pp. 335 et 336), doit être appliquée pour établir la distinction entre la préparation et la tentative a également fait l'objet d'un commentaire de cette Cour. Dans *Henderson v. The King*, [1948] R.C.S. 226, où l'une des questions en litige était de savoir s'il y avait eu une tentative de voler une banque, le juge Estey, qui était l'un des juges formant la majorité qui a conclu qu'il y avait eu une tentative, a dit à la p. 244:

> [TRADUCTION] L'avocat de l'accusé a mentionné un certain nombre de cas où la tentative de crime avait été

person or that of obtaining by false pretences. He contended that any act not "immediately connected with" the completed crime would be too remote to constitute an attempt. Even under the cases which he cited the accused may still have one or more acts to do, and these may be separated by an intervening period of time, in order to complete the offence and yet may be guilty of an attempt.

Among the cases referred to by Estey J. in support of this statement were *R. v. Cheeseman* (1862), Le. & Ca. 140, 169 E.R. 1337, where Blackburn J. said at p. 1339, "But, if the actual transaction has commenced which would have ended in the crime if not interrupted, there is clearly an attempt to commit the crime", and *R. v. White*, [1910] 2 K.B. 124, where Bray J. said at p. 130: " ... the completion or attempted completion of one of a series of acts intended by a man to result in killing is an attempt to murder even although this completed act would not, unless followed by other acts, result in killing. It might be the beginning of the attempt, but would none the less be an attempt." Taschereau J., dissenting, in *Henderson*, although he differed in the result, would not appear to have applied a different concept of proximity. He said, after referring to the authorities, including *Eagleton* and *Robinson*, at pp. 234-35:

Although it may be said that no one could doubt the express purpose of the bandits, I do not believe that it can be held that the mere fact of going to the place where the contemplated crime is to be committed, constitutes an attempt. There must be a closer relation between the victim and the author of the crime; there must be an act done which displays not only a preparation for an attempt, but a commencement of execution, a step in the commission of the actual crime itself.

In *Detering v. The Queen*, [1982] 2 S.C.R. 583, which involved a conviction for attempted fraud, Laskin C.J. raised a question, as I read his reasons, as to the weight to be given to the proximity test in the essential task under s. 24 of the *Code* of distinguishing between preparation and attempt.

dirigée contre la personne ou visait à obtenir quelque chose au moyen de faux prétextes. Il a soutenu que tout acte qui n'était pas «immédiatement relié au» crime complété serait trop éloigné pour constituer une tentative. Même dans les affaires qu'il a citées, l'accusé peut toujours avoir un ou des actes à accomplir, et ceux-ci peuvent être séparés par un intervalle, en vue de compléter l'infraction et être quand même coupable de tentative.

Parmi la jurisprudence mentionnée par le juge Estey à l'appui de cette déclaration se trouvait l'affaire *R. v. Cheeseman* (1862), Le. & Ca. 140, 169 E.R. 1337, dans laquelle le juge Blackburn a dit à la p. 1339: [TRADUCTION] «Toutefois, si on a commencé à accomplir l'opération réelle qui se serait terminée par la perpétration si elle n'avait pas été interrompue, alors il y a de toute évidence une tentative de commettre le crime»; et l'arrêt *R. v. White*, [1910] 2 K.B. 124, où le juge Bray a dit à la p. 130: [TRADUCTION] « ... l'accomplissement ou la tentative d'accomplissement d'un acte qui fait partie d'une série d'actes qui, selon l'intention d'un homme, devaient entraîner la mort d'une autre personne est une tentative de meurtre même si cet acte accompli n'aurait pas, à moins d'être suivi par d'autres actes, entraîné la mort. Il pourrait être le commencement de la tentative, mais il constituerait néanmoins une tentative.» Le juge Taschereau, dissident dans l'arrêt *Henderson*, bien qu'il ait divergé d'opinion quant au résultat, ne semble pas avoir appliqué un concept d'imminence différent. Voici ce qu'il a dit, après s'être référé à la doctrine et à la jurisprudence, dont les arrêts *Eagleton* et *Robinson*, aux pp. 234 et 235:

[TRADUCTION] Bien qu'on puisse dire que nul ne pouvait douter du but exprès des bandits, je ne crois pas qu'on puisse conclure que le simple fait de se rendre à l'endroit où le crime projeté doit être commis, constitue une tentative. Il doit y avoir un rapport plus étroit entre la victime et l'auteur du crime; un acte doit avoir été accompli qui démontre non seulement la préparation d'une tentative, mais un commencement d'exécution, une étape dans la perpétration du crime lui-même.

Dans l'arrêt *Detering c. La Reine*, [1982] 2 R.C.S 583, qui portait sur une déclaration de culpabilité de tentative de fraude, le juge en chef Laskin a soulevé une question, si je comprends bien ses motifs, qui concerne l'importance qu'on doit donner au critère d'imminence dans l'accom-

With reference to the contention of counsel that "proximity was an essential requirement in the sense, to put it generally, that the actions of the accused must go beyond mere preparation and close (a question of degree) to the realization of his purpose", Laskin C.J. said at p. 586:

> This leaves for consideration the so-called proximity principle. It may well be that this is envisaged by the reference to remoteness in s. 24(2), but I do not see that it advances the essential issue in attempt which requires going beyond mere preparation. Nor do I find cogency in the appellant's submission that if there is impossibility this does not bring any act of the accused closer to realization so as to establish proximity. I read s. 24(1) as making a different distinction, one merely requiring proof of intent and of accused going beyond mere preparation by making, as in this case, a false representation even though not resulting in full realization of his objective.

In my opinion, relative proximity may give an act which might otherwise appear to be mere preparation the quality of attempt. That is reflected, I think, in the conclusion of the majority in *Henderson* and in the conclusion of the Ontario Court of Appeal with respect to *actus reus* in *R. v. Sorrell and Bondett* (1978), 41 C.C.C. (2d) 9. But an act which on its face is an act of commission does not lose its quality as the *actus reus* of attempt because further acts were required or because a significant period of time may have elapsed before the completion of the offence.

In the case at bar the Court of Appeal agreed with the trial judge on the applicable meaning of "procure". The meaning selected by the trial judge and approved by the Court of Appeal was "to cause, or to induce, or to have a persuasive effect upon the conduct that is alleged." Martin J.A. expressed his agreement at p. 49 with the following statement of the issue by the trial judge: "The question for decision is did Mr. Deutsch attempt to cause or attempt to induce or attempt to have a persuasive effect upon the woman in question to

plissement de la tâche essentielle que prévoit l'art. 24 du *Code* et qui consiste à établir une distinction entre la préparation et la tentative. En ce qui a trait à l'argument de l'avocat selon lequel «l'imminence est une exigence essentielle en ce sens, si l'on veut, que les actes de l'accusé doivent dépasser la simple préparation pour se rapprocher (une question de degré) de la réalisation de son projet», le juge en chef Laskin a dit à la p. 586:

> Reste à examiner ce qu'on appelle le principe de l'imminence. Il se peut bien que c'est ce que vise la mention du caractère lointain au par. 24(2), mais je ne crois pas que cela touche la question essentielle dans le cas d'une tentative, soit celle de savoir s'il y a eu plus qu'une simple préparation. De plus, l'appelant ne me convainc pas lorsqu'il plaide que, s'il y a impossibilité, l'accusé ne peut par ses actes se rapprocher de la réalisation du projet de manière qu'il y ait imminence. Suivant mon interprétation, le par. 24(1) fait une toute autre distinction qui exige simplement la preuve d'une intention et de ce que l'accusé a dépassé la simple préparation en faisant, comme en l'espèce, une fausse déclaration, même si cela n'a pas entraîné la réalisation intégrale de son projet.

À mon avis, l'imminence relative peut conférer la qualité de tentative à un acte qui autrement pourrait sembler constituer une simple préparation. Je crois que cela ressort de la conclusion de la majorité dans l'arrêt *Henderson* et dans la conclusion de la Cour d'appel de l'Ontario en ce qui a trait à l'*actus reus* dans *R. v. Sorrell and Bondett* (1978), 41 C.C.C. (2d) 9. Toutefois, un acte, qui à première vue est un acte de perpétration, ne perd pas sa qualité d'*actus reus* de la tentative parce que d'autres actes étaient nécessaires ou parce qu'un délai important peut s'être écoulé avant la perpétration de l'infraction.

En l'espèce, la Cour d'appel a souscrit à l'opinion exprimée par le juge du procès quant au sens applicable du terme «induire». Le sens choisi par le juge du procès et approuvé par la Cour d'appel était [TRADUCTION] «de causer ou d'inciter, ou d'avoir un effet persuasif sur la conduite qui est alléguée.» À la page 49, le juge Martin a exprimé son accord avec l'énoncé suivant de la question par le juge du procès: [TRADUCTION] «La question qui doit être tranchée est de savoir si M. Deutsch a tenté d'amener, d'inciter ou de persuader la femme

have illicit sexual intercourse with another person ...." I agree that the sources referred to by the trial judge and Martin J.A. support the meaning given by them to the word "procure".

The Court of Appeal differed with the trial judge as to what would have constituted the completed offence of procuring a person to have illicit sexual intercourse with another person. The trial judge held that the offence of procuring would have been completed, in the particular context of this case, by the acceptance of an offer of employment. The Court of Appeal held, citing *R. v. Johnson* (1963), 48 Cr.App.R. 25, and *R. v. Gruba*, [1969] 2 C.C.C. 365, that the offence of procuring a person to have illicit sexual intercourse with another person is not committed unless sexual intercourse actually takes place. In the appeal to this Court the respondent accepted this statement of the law as to what is required for the complete offence of procuring a person to have illicit sexual intercourse with another person. It was not challenged, and I accept it for purposes of deciding whether the acts of the appellant could, as a matter of law, constitute the *actus reus* of an attempt to procure.

I agree with the Court of Appeal that if the appellant had the necessary intent to induce or persuade the women to seek employment that would require them to have sexual intercourse with prospective clients then the holding out of the large financial rewards in the course of the interviews, in which the necessity of having sexual intercourse with prospective clients was disclosed, could constitute the *actus reus* of an attempt to procure. It would clearly be a step, and an important step, in the commission of the offence. Before an offer of employment could be made in such circumstances an applicant would have to seek the position, despite its special requirement. Thus such inducement or persuasion would be the decisive act in the procuring. There would be little else that the appellant would be required to do towards the completion of the offence other than to make the formal offer of employment. I am further of the opinion that the holding out of the large financial

en question à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne ...» Je conviens que les sources mentionnées par le juge du procès et le juge Martin de la Cour d'appel appuient le sens qu'ils ont donné au terme «induire».

La Cour d'appel n'a pas souscrit à l'opinion du juge du procès quant à ce qui aurait constitué l'infraction complète qui consiste à induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne. Le juge du procès a conclu que l'infraction de proxénétisme aurait été complète, dans le contexte particulier de l'espèce, avec l'acceptation d'une offre d'emploi. La Cour d'appel a statué, en citant *R. v. Johnson* (1963), 48 Cr.App.R. 25, et *R. v. Gruba*, [1969] 2 C.C.C. 365, que l'infraction consistant à induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne n'est commise que s'il y a réellement des rapports sexuels. En appel devant cette Cour, l'intimée a admis cet énoncé du droit quant à ce qui est nécessaire pour qu'il y ait infraction complète consistant à induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne. Cela n'a pas été contesté et je l'accepte aux fins de décider si les actes de l'appelant pourraient, en droit, constituer l'*actus reus* de la tentative de se livrer au proxénétisme.

Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que si l'appelant avait eu l'intention nécessaire d'inciter ou de persuader les femmes à chercher un emploi exigeant qu'elles aient des rapports sexuels avec des clients éventuels, alors la présentation d'importantes récompenses financières pendant les entrevues, au cours desquelles on a fait savoir qu'il serait nécessaire d'avoir des rapports sexuels avec des clients éventuels, pourrait constituer l'*actus reus* de la tentative de se livrer au proxénétisme. De toute évidence ce serait une étape, et une étape importante, dans la perpétration de l'infraction. Pour qu'une offre d'emploi puisse être faite dans de telles circonstances, une postulante devrait chercher à obtenir le poste, malgré son exigence spéciale. Ainsi, une telle incitation ou persuasion serait l'acte décisif du proxénétisme. L'appelant n'aurait pas grand chose d'autre à faire pour compléter l'infraction sinon de faire une offre d'emploi officielle. De plus, je suis d'avis que la présentation

rewards in the course of the interviews would not lose its quality as a step in the commission of the offence, and thus as an *actus reus* of attempt, because a considerable period of time might elapse before a person engaged for the position had sexual intercourse with prospective clients or because of the otherwise contingent nature of such sexual intercourse.

For these reasons I would dismiss the appeal. I agree with the Court of Appeal that because the trial judge did not make a finding as to whether or not there was the necessary intent to procure there must be a new trial.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—I agree with the reasons of my brother Le Dain. In concurring in his judgment, I should like to add a brief comment. While I agree with the scope of his definition of the expression "illicit sexual intercourse" I should like to underline the fact that this agreement is to the extent those words are resorted to in the context of the procuring or soliciting thereof in s. 195(1)(*a*) of the *Criminal Code*. While under the facts of this case it is clear that Deutsch was acting for the purpose of gain, and there is no need to address the question whether such a purpose is an essential ingredient of the notion of procuring or soliciting, I should say that my accepting such a wide definition of "illicit sexual intercourse" is dependent upon being of the view (and if and as long as that view prevails) that it is an essential ingredient of "procuring" or of "soliciting" under s. 195(1)(*a*) that what is being done is done for lucre, gain, or some advantage to the accused.

Appeal dismissed.

Melvin P. Deutsch, on his own behalf.

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

de récompenses financières importantes au cours des entrevues ne perdrait pas sa qualité d'étape dans la perpétration de l'infraction et ainsi comme *actus reus* de la tentative, parce qu'un délai important pourrait s'écouler avant qu'une personne engagée dans le poste ait des rapports sexuels avec des clients éventuels ou à cause de la nature par ailleurs incertaine de tels rapports sexuels.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour dire que, puisque le juge du procès n'a pas statué sur la question de savoir s'il y avait ou non l'intention nécessaire de se livrer au proxénétisme, un nouveau procès doit avoir lieu.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—Je souscris aux motifs de mon collègue le juge Le Dain. En souscrivant à sa décision, je tiens à ajouter une brève observation. Tout en approuvant la portée de la définition qu'il donne de l'expression «rapports sexuels illicites», j'aimerais souligner le fait que je suis d'accord dans la mesure où ces termes sont employés dans le contexte de l'acte qui consiste à induire ou à solliciter une personne à avoir de tels rapports, dont il est question à l'al. 195(1)*a*) du *Code criminel*. Bien que, compte tenu des faits de l'espèce, il soit évident que Deutsch agissait dans un but de gain et qu'il ne soit pas nécessaire d'aborder la question de savoir si un tel but constitue un élément essentiel de la notion d'induire ou de solliciter, j'ajoute que je n'accepte une définition aussi générale de l'expression «rapports sexuels illicites» que si et dans la mesure où un élément essentiel de l'acte d'«induire» ou de «solliciter», au sens de l'al. 195(1)*a*), est que ce qui est accompli le soit dans un but de gain pour l'accusé ou en vue d'obtenir un certain avantage pour celui-ci.

Pourvoi rejeté.

Melvin P. Deutsch, pour son propre compte.

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

Martin Chambers *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* CHAMBERS

File No.: 18177.

1985: October 2; 1986: July 31.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Evidence — Admissibility — Intercepted private communications — Authorizations to wiretap in drug investigation relating to conspiracy to import cocaine — Authorizing judge not informed of on-going income tax investigation and agreement to pass on information to tax investigators — Evidence excluded at trial and appellant acquitted — Whether or not material non-disclosure invalidating authorization — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.1, 178.13(1.1), (1.2), (2)(d).

Appellant and two others were charged with conspiracy to import cocaine. Evidence of appellant's telephone conversations, intercepted pursuant to a series of authorizations, was excluded because the authorizations were found invalid on *voir dire* because of material non-disclosure. The police had not informed the authorizing judge that an income tax investigation concerning a co-conspirator was also in progress and that, even though authorizations were not available for tax investigations, an arrangement existed between the Solicitor General and Revenue Canada for passing on information gathered by the police to the tax department. The wiretap evidence was excluded and appellant was acquitted but the Court of Appeal allowed the Crown's appeal, set aside the acquittal and ordered a new trial.

Held (Wilson and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ.: The question of the continuing tax investigation was wholly irrelevant to the issue of the validity of the authorizations and the admissibility of the drug investigation evidence.

Martin Chambers *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* CHAMBERS

N° du greffe: 18177.

1985: 2 octobre; 1986: 31 juillet.

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 LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Preuve — Admissibilité — Interception de communications privées — Écoute électronique autorisée dans une enquête en matière de stupéfiants relativement à un complot pour importer de la cocaïne — Aucune mention de l'enquête fiscale en cours et de l'accord sur la communication des renseignements aux enquêteurs fiscaux au juge accordant l'autorisation — Éléments de preuve exclus au procès et appelant acquitté — La non-divulgation d'un renseignement important a-t-elle invalidé l'autorisation? — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.1, 178.13(1.1), (1.2), (2)d).

L'appelant et deux autres personnes ont été accusés de complot en vue d'importer de la cocaïne. Les éléments de preuve concernant les conversations téléphoniques de l'appelant, interceptées en vertu d'une série d'autorisations, ont été exclus parce que les autorisations ont été jugées invalides lors d'un voir-dire en raison de la non-divulgation d'un renseignement important. La police n'a pas informé le juge qui accorde l'autorisation qu'une enquête fiscale sur un complice était également en cours et que, même si les enquêteurs fiscaux ne pouvaient obtenir d'autorisations, il existait un accord entre le Solliciteur général et Revenu Canada en vertu duquel les renseignements recueillis par la police seraient transmis au fisc. Les éléments de preuve obtenus par écoute électronique ont été exclus et l'appelant a été acquitté, mais la Cour d'appel a accueilli l'appel du ministère public, annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès.

Arrêt (les juges Wilson et La Forest sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer: La question de l'enquête fiscale en cours n'était absolument pas pertinente relativement à la validité des autorisations et de l'admissibilité des éléments de preuve recueillis au cours de l'enquête en matière de stupéfiants.

Per Wilson J. (dissenting): Part IV.1 of the *Criminal Code* is offence-specific and does not authorize broadly-based inquiries into a citizen's private affairs. Where the applicants for a wiretap authorization know that two investigations are being held concurrently and that one of them is of a type for which investigations cannot be authorized, the authorizing judge should be informed. Disclosure is particularly important where the police are obliged by a pre-existing agreement to make information gleaned through interceptions available to those pursuing the investigation for which no authorization can be obtained. Only if the authorizing judge has this information can he decide whether or not to attach terms and conditions to the authorization.

The imposition of terms and conditions necessary to protect solicitor-client privilege is mandatory in the grant of an authorization under s. 178.13(1.2), but the terms and conditions imposed are in the judge's discretion. The absence of any terms and conditions could not protect solicitor-client privilege and would totally defeat the purpose of the section.

Per La Forest J. (dissenting): The disposition proposed as well as the reasons given by Wilson J. were concurred in, except those with respect to the second ground of appeal. In that regard, there may be no terms and conditions that an authorizing judge might consider advisable for the protection of privileged communications. It is only those terms and conditions he is required to include under s. 178.13(1.2). The authorizing judge is entitled, however, to receive facts known to the applicants for an authorization that are necessary to his making a decision.

Cases Cited

By Wilson J. (dissenting)

R. v. Wilson, [1983] 2 S.C.R. 594.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.1, 178.13(1.1), (1.2), (2)(*d*).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1983), 9 C.C.C. (3d) 132, 37 C.R. (3d) 128, allowing the Crown's appeal from an acquittal granted the accused by

Le juge Wilson (dissidente): La Partie IV.1 du *Code criminel* vise des infractions précises et n'autorise pas les enquêtes générales qui portent sur les affaires privées des citoyens. Lorsque les personnes qui demandent une autorisation pour faire de l'écoute électronique savent que deux enquêtes sont menées simultanément et que l'une d'elles est d'un genre pour lequel les interceptions ne peuvent être autorisées, le juge qui accorde l'autorisation devrait en être informé. La divulgation est particulièrement importante lorsque la police est obligée, en vertu d'un accord préexistant, de transmettre les renseignements obtenus au moyen des interceptions à ceux qui mènent l'enquête pour laquelle aucune autorisation ne peut être obtenue. C'est seulement si on communique ces renseignements au juge qui accorde l'autorisation qu'il peut décider d'imposer ou non des modalités à l'autorisation.

L'imposition des modalités nécessaires pour protéger le privilège du secret professionnel de l'avocat est obligatoire dans le cas d'une autorisation en vertu du par. 178.13(1.2), mais le contenu des modalités imposées relève du pouvoir discrétionnaire du juge. L'absence de toute modalité ne pourrait protéger le privilège du secret professionnel de l'avocat et irait totalement à l'encontre du but de l'article.

Le juge La Forest (dissident): Le résultat proposé par le juge Wilson ainsi que les motifs qu'elle donne reçoivent un accord sauf en ce qui concerne ceux relatifs au second moyen d'appel. À cet égard, il se peut qu'il n'y ait aucune des modalités qu'un juge qui accorde l'autorisation estime opportunes pour protéger des communications sous le sceau du secret professionnel. Ce sont seulement ces modalités qu'il est tenu d'inclure en vertu du par. 178.13(1.2). Le juge qui accorde l'autorisation est toutefois en droit de recevoir les faits dont ceux qui font la demande d'autorisation ont connaissance et qui sont nécessaires pour qu'il rende une décision.

Jurisprudence

Citée par le juge Wilson (dissidente)

R. c. Wilson, [1983] 2 R.C.S. 594.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.1, 178.13(1.1), (1.2), (2)*d*).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1983), 9 C.C.C. (3d) 132, 37 C.R. (3d) 128, qui a accueilli l'appel interjeté par le ministère public contre l'acquitte-

Spencer J. and ordering a new trial. Appeal dismissed (Wilson and La Forest JJ. dissenting).

Howard Rubin and *Kenneth S. Westlake*, for the appellant.

S. David Frankel and *Anne W. MacKenzie*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard and Lamer JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—The appellant and two others were charged with conspiracy to import cocaine. The Crown tendered evidence of telephone conversations of the appellant which had been intercepted pursuant to a series of authorizations. The validity of the authorizations was attacked on a *voir dire*, on the basis that in applying for the authorizations the Crown had not disclosed that an income tax investigation concerning a co-conspirator was in progress at the same time as the drug investigation for which the authorizations were sought. It was argued that this was a material fact not disclosed to the authorizing judge and that such non-disclosure should vitiate the authorizations. It was also contended that the police had agreed to turn over to the Minister of National Revenue information relating to the tax investigation procured as a result of their investigation. The trial judge on the *voir dire* to determine the admissibility of the intercepts held that there had been a material non-disclosure which invalidated the authorizations, and he excluded the evidence and acquitted the appellant. The Court of Appeal (Craig, Anderson and Esson JJ.A.) were unanimous in allowing the Crown appeal setting aside the acquittal and directing a new trial.

The trial judge found that the police in applying for the authorizations had done so only for the purpose of the drug investigation, that there was no fraud on the part of the police, and that the authorities had not, in applying for the authorizations, deliberately concealed the tax investigation. (Parenthetically, it may be noted here that the only evidence tendered by the Crown was evidence

ment de l'accusé par le juge Spencer et qui a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté (les juges Wilson et La Forest sont dissidents).

Howard Rubin et *Kenneth S. Westlake*, pour l'appelant.

S. David Frankel et *Anne W. MacKenzie*, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, McIntyre, Chouinard et Lamer rendu par

LE JUGE MCINTYRE—L'appelant et deux autres personnes ont été accusés de complot en vue d'importer de la cocaïne. Le ministère public a soumis en preuve des conversations téléphoniques de l'appelant qui avaient été interceptées conformément à une série d'autorisations. La validité des autorisations a été contestée dans le cadre d'un voir-dire, pour le motif qu'en demandant les autorisations relatives à une enquête en matière de stupéfiants le ministère public n'avait pas révélé qu'au même moment un complice faisait déjà l'objet d'une enquête par le fisc. On a fait valoir qu'il s'agissait là d'un fait important qui n'avait pas été révélé au juge habilité à accorder les autorisations et que cela avait pour effet d'entacher de nullité les autorisations. On a également prétendu que la police avait convenu de livrer au ministre du Revenu national des renseignements intéressant l'enquête fiscale, obtenus dans le cadre de leur propre enquête. Le juge du procès, suite à un voir-dire en vue de déterminer l'admissibilité des interceptions, a conclu qu'il y avait eu une non-divulgation importante qui rendait nulles les autorisations et il a exclu la preuve et acquitté l'appelant. La Cour d'appel (les juges Craig, Anderson et Esson) a accueilli à l'unanimité l'appel du ministère public, a annulé l'acquittement et ordonné un nouveau procès.

Le juge du procès a conclu que la police n'avait demandé les autorisations que pour les fins de l'enquête en matière de stupéfiants, qu'il n'y avait pas eu de fraude de la part de la police et que les autorités n'avaient pas, en demandant les autorisations, gardé délibérément secrète l'enquête fiscale. [Incidemment, on peut souligner ici que la seule preuve soumise par le ministère public était celle

of the drug investigation.) He nevertheless concluded that the existence of the tax investigation ought to have been disclosed, because in his view "It was material to whether the authorizations should be granted when they might provide evidence for tax prosecutions for which authorizations were not available under Section 178.1 [of the *Criminal Code*] and it was material to the imposition of the terms under Section 178.13 subsection (2) sub-sub-section (d) with respect to the protection of tax information".

The Court of Appeal was of the view that on the facts of this case the question of the continuing tax investigation was wholly irrelevant to the issue of the validity of the authorizations or the admissibility of the drug investigation evidence. It allowed the appeal. I am in substantial agreement with the three concurring judgments in the Court of Appeal and I would dismiss the appeal. In doing so, I make it clear that I am making no comment on the situation which could arise if the Crown tendered the evidence of the tax investigation as part of the Crown's case at a different trial.

Other issues raised in this Court relating to the validity of the authorizations need not be dealt with, since they turn on questions relating to the tax investigation which are not relevant to the case at bar.

I would dismiss the appeal.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I must respectfully dissent from the judgment of my colleague, McIntyre J., whose reasons I have had the benefit of reading.

An income tax investigation was being conducted by the tax department into the tax position of one of the appellant's co-conspirators concurrently with the drug investigation in respect of which the authorizations were sought. The Solicitor General of Canada representing the Royal Canadian Mounted Police had an agreement with the Minis-

découlant de l'enquête en matière de stupéfiants.] Il a néanmoins conclu qu'on aurait dû révéler l'existence de l'enquête fiscale parce qu'à son avis [TRADUCTION] «cela était important pour déterminer si les autorisations doivent être accordées lorsqu'elles sont susceptibles de procurer des éléments de preuve à des fins de poursuites en matière fiscale pour lesquelles des autorisations ne peuvent pas être obtenues en vertu de l'art. 178.1 [du *Code criminel*] et cela était important en ce qui concerne l'imposition des conditions prévues à l'al. 178.13(2)*d*) relativement à la protection des renseignements en matière fiscale».

La Cour d'appel a jugé que, compte tenu des faits de l'espèce, la question de l'enquête fiscale en cours n'avait absolument rien à voir avec celle de la validité des autorisations ou de l'admissibilité de la preuve découlant de l'enquête en matière de stupéfiants. Elle a accueilli l'appel. Je suis essentiellement d'accord avec les trois jugements concordants en Cour d'appel et je suis moi aussi d'avis de rejeter le pourvoi. Ce faisant, je tiens à préciser que je m'abstiens de faire des observations sur la situation qui pourrait résulter de la production par le ministère public de la preuve découlant de l'enquête fiscale comme partie de sa preuve dans un procès différent.

Il n'est pas nécessaire d'examiner les autres questions soulevées en cette Cour au sujet de la validité des autorisations puisqu'elles dépendent de questions relatives à l'enquête fiscale qui sont sans importance en l'espèce.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

MADAME LE JUGE WILSON (dissidente)—Avec égards, je ne souscris pas à la décision de mon collègue le juge McIntyre dont j'ai eu l'avantage de lire les motifs.

Une enquête en matière d'impôt sur le revenu a été menée par le ministère du revenu sur la situation fiscale de l'un des complices de l'appelant en même temps qu'une enquête en matière de stupéfiants à l'égard de laquelle les autorisations ont été demandées. Le Solliciteur général du Canada représentant la Gendarmerie royale du Canada a

ter of National Revenue that any intelligence gathered by the police about persons suspected of organized crime would be passed on to the Minister. The police did not tell the judge to whom they had applied for the authorizations about either the tax investigation or the arrangement with the tax department although they knew that they could not get an authorization in respect of the tax investigation under s. 178.1 of the *Code*. Spencer J. found that they should have done so, that it was material information that he should have had, not so much because he might not have granted the authorization had he had it, but because he might well have imposed terms under s. 178.13(2)(*d*). He made a specific finding, however, that there was no fraud.

I think that where the applicants for a wiretap authorization know that two investigations are being conducted concurrently and that one of them is of a type for which interceptions cannot be authorized, they should disclose this to the authorizing judge. It is particularly important that they disclose it where the police are obliged by virtue of a pre-existing agreement to that effect to make any information they glean through the interceptions available to those pursuing the investigation for which no authorization can be obtained.

I think it is significant in this connection that Part IV.1 of the *Code* is offence-specific, i.e., it contemplates interceptions in relation to a particular offence which has been identified in the application and is specified in the authorization. Part IV.1 does not, in my view, authorize broadly-based inquiries into citizens' private affairs. I find it helpful to remind myself that the persons whose telephones are being tapped are suspects, not criminals.

Craig J.A. in the Court of Appeal concluded that the fact that a tax investigation was going on at the same time as the drug investigation was irrelevant because it would have no bearing on whether the authorization should be granted or not. He seems to have applied a test of relevance

conclu un accord avec le ministre du Revenu national en vertu duquel tous les renseignements recueillis par la police sur les personnes soupçonnées de faire partie du crime organisé seraient transmis à ce dernier. La police n'a rien dit au juge à qui elle avait demandé les autorisations au sujet de l'enquête fiscale ou de l'accord avec le ministère du Revenu bien qu'elle sût qu'elle ne pouvait obtenir une autorisation relative à l'enquête fiscale en vertu de l'art. 178.1 du *Code*. Le juge Spencer a conclu qu'elle aurait dû le faire et qu'il s'agissait d'un renseignement important qu'il aurait dû obtenir, pas tellement parce qu'il aurait pu ne pas accorder l'autorisation s'il l'avait obtenu, mais parce qu'il aurait très bien pu imposer des modalités en vertu de l'al. 178.13(2)*d*). Toutefois, il a conclu de manière précise qu'il n'y avait pas eu de fraude.

Je crois que lorsque les personnes qui demandent une autorisation pour faire de l'écoute électronique savent que deux enquêtes sont menées simultanément et que l'une d'elles est d'un genre pour lequel les interceptions ne peuvent être autorisées, elles devraient en faire part au juge qui accorde l'autorisation. Il est particulièrement important qu'elles le divulguent lorsque la police est obligée en vertu d'un accord préexistant à cet effet de transmettre tout renseignement qu'elle obtient au moyen des interceptions à ceux qui mènent l'enquête pour laquelle aucune autorisation ne peut être obtenue.

Je crois qu'il est révélateur à cet égard que la Partie IV.1 du *Code* vise des infractions précises c.-à-d. qu'elle envisage les interceptions en relation avec une infraction particulière qui a été identifiée dans la demande et qui est précisée dans l'autorisation. À mon avis, la Partie IV.1 n'autorise pas les enquêtes générales qui portent sur les affaires privées des citoyens. J'estime utile de rappeler que les personnes dont les téléphones font l'objet d'écoute électronique sont des suspects et non des criminels.

Le juge Craig de la Cour d'appel a conclu que le fait qu'une enquête fiscale fût menée en même temps que l'enquête en matière de stupéfiants n'est pas pertinent parce qu'il n'aurait pas d'effet sur la question de savoir si l'autorisation aurait été accordée. Il semble avoir appliqué un critère de perti-

based on the answer to the question: would the undisclosed evidence have caused the judge to deny the authorization? and concluded that, short of fraud, only an affirmative answer to that question would vitiate the authorization. I think he was in error in this. It would, in my opinion, be equally relevant to ask: would the undisclosed evidence have caused the judge to include terms in the authorization? I think with respect that the learned trial judge was correct in the test he applied.

Craig J.A. also found it hard to accept that a condition which the trial judge might have imposed for the protection of information relevant to a tax investigation could possibly be "in the public interest". With respect, I think this misses the point. The public interest involved here is the one implicit in the statute which does not permit interceptions for purposes of tax investigations. That public interest could have been served by a term in the authorization restraining the police from passing on the intelligence they gleaned to the tax authorities. The authorizing judge may or may not have imposed such a term; that would be up to him or her. But to withhold from the judge the facts he needed on which to make his decision seems to me to be to withhold relevant information. Anderson and Esson JJ.A. agreed with Craig J.A. that the information was irrelevant. This seems to have been the basis of the Court's decision.

There was considerable argument before us as to who had the onus of proving whether or not the wiretap evidence was being used in the tax investigation. It would be my view on this issue that to require the appellant to prove how the authorities were using the wiretap information would be to impose an unreasonable, if not impossible, burden on him. This is something peculiarly within the knowledge of the respondent. The appellant acknowledges that under *R. v. Wilson*, [1983] 2 S.C.R. 594, he has to satisfy the trial judge of the existence of the on-going tax investigation and of the agreement for the transmittal of the acquired

nence fondé sur la réponse à la question suivante: les éléments de preuve communiqués auraient-ils amené le juge à refuser l'autorisation? il semble avoir conclu que, en l'absence de fraude, seule une réponse affirmative à cette question pourrait vicier l'autorisation. Je crois qu'il a commis une erreur. À mon avis, il serait également pertinent de poser la question suivante: les éléments de preuve non communiqués auraient-ils incité le juge à ajouter des modalités à l'autorisation? Avec égards, je crois que le juge de première instance était bien fondé d'appliquer ce critère.

Le juge Craig a également conclu qu'il était difficile d'admettre qu'une condition que le juge de première instance aurait pu imposer dans le but de protéger les renseignements pertinents relativement à une enquête fiscale pourrait peut-être être «dans l'intérêt public». Avec égards, je crois qu'une telle conclusion passe à côté de l'essentiel. L'intérêt public dont il est question en l'espèce est celui qui découle implicitement de la loi qui ne permet pas les interceptions aux fins d'enquêtes fiscales. Cet intérêt public aurait pu être protégé par une condition dans l'autorisation ayant pour but d'empêcher la police de transmettre au fisc les renseignements obtenus. Il est loisible au juge qui accorde l'autorisation d'imposer une telle condition; cela ne dépend que de lui. Toutefois, il me semble que si l'on cache au juge les faits dont il a besoin pour rendre sa décision, on dissimule des renseignements pertinents. Les juges Anderson et Esson ont convenu avec le juge Craig que les renseignements n'étaient pas pertinents. La décision de la Cour semble avoir été fondée sur cette conclusion.

On a beaucoup débattu devant nous la question de savoir qui avait le fardeau de démontrer que les éléments de preuve recueillis au moyen de l'écoute électronique étaient utilisés dans l'enquête fiscale. Je suis d'avis sur cette question qu'on imposerait un fardeau déraisonnable sinon impossible à l'appelant en lui demandant de démontrer de quelle manière les enquêteurs utilisaient les renseignements recueillis au moyen de l'écoute électronique. C'est quelque chose dont l'intimée a particulièrement connaissance. L'appelant reconnaît que, en vertu de l'arrêt *R. c. Wilson*, [1983] 2 R.C.S. 594, il doit convaincre le juge de première instance de

intelligence to the tax authorities. I think he did so and that the burden then shifts to the respondent to establish that these facts need not be disclosed to the authorizing judge. This is really the issue in this case, not how the wiretap evidence was in fact used or who has to prove it. I do not believe that the respondent discharged that burden.

I do not read the judgment of this Court in *Wilson* as precluding the attack made on the validity of the authorizations in this case. I believe it was open to Spencer J. as a judge of the same court as the authorizing judge to review the authorizations on the basis of proof that the facts before the authorizing judge were different from the facts as found by him.

The second ground of appeal advanced by the appellant is that the authorizations were invalid on their face for failure to include terms to protect solicitor-client privilege. The learned trial judge did not deal with this because he did not have to in light of his conclusion on the first issue. However, the Court of Appeal did deal with it and, in my view, on the basis of a wrong interpretation of s. 178.13(1.2). The provision reads:

178.13 ...

(1.2) Where an authorization is given in relation to the interception of private communications at a place described in subsection (1.1), the judge by whom the authorization is given shall include therein such terms and conditions as he considers advisable to protect privileged communications between solicitors and clients.

The "place described in subs. (1.1)" is "the office or residence of a solicitor, or at any other place ordinarily used by a solicitor and by other solicitors for the purpose of consultation with clients ...."

The Court of Appeal construed the provision as giving the judge a discretion whether to impose conditions or not. I must respectfully disagree. I

l'existence de l'enquête fiscale en cours et de l'accord sur la communication au fisc des renseignements obtenus. Je crois qu'il l'a fait et que le fardeau incombe alors à l'intimée d'établir qu'il n'est pas nécessaire de communiquer ces faits au juge qui accorde l'autorisation. C'est vraiment la question qui est posée en l'espèce et non celle de savoir comment les éléments de preuve obtenus par écoute électronique ont en fait été utlisés ou à qui il incombe d'en faire la preuve. Je ne crois pas que l'intimée s'est déchargée de ce fardeau.

Je n'interprète pas l'arrêt rendu par cette Cour dans l'affaire *Wilson* comme empêchant la contestation de la validité des autorisations en l'espèce. Je crois qu'il était loisible au juge Spencer, à titre de juge du même tribunal que le juge qui a accordé les autorisations, d'en entreprendre la révision sur le fondement de la preuve que les faits présentés à ce dernier étaient différents des faits qu'il a constatés.

Le deuxième moyen de pourvoi présenté par l'appelant porte que les autorisations étaient manifestement invalides parce qu'elles ne comportaient pas de modalités pour protéger le privilège du secret professionnel de l'avocat. Le juge de première instance n'a pas traité de cette question parce qu'il n'avait pas à le faire compte tenu de sa conclusion à l'égard de la première question. Toutefois, la Cour d'appel en a traité et, à mon avis, sur le fondement d'une interprétation erronée du par. 178.13(1.2) dont voici le texte:

178.13 ...

(1.2) Le juge qui accorde l'autorisation d'intercepter des communications privées à un endroit décrit au paragraphe (1.1) doit y inclure les modalités qu'il estime opportunes pour protéger les communications sous le sceau du secret professionnel entre l'avocat et son client.

L'«endroit décrit au par. (1.1)» est le «bureau ou ... la résidence d'un avocat, ou ... tout autre endroit qui sert ordinairement à l'avocat ou à d'autres avocats pour la tenue de consultations avec des clients».

La Cour d'appel a interprété la disposition comme donnant au juge le pouvoir discrétionnaire d'imposer des conditions. Avec égards, je ne suis

believe that the terms and conditions he imposes are in his discretion, but that the imposition of terms and conditions is mandatory. I say this because of the combination of the use of the word "shall" and the identification in the section of the purpose for which the terms and conditions are to be imposed. If the subsection simply stated that the judge was to impose such conditions as he considered advisable, then it would be arguable, in my view, that he need not impose any. But I fail to see how an absence of any terms and conditions could possibly be considered advisable in order to protect solicitor-client privilege.

Part IV.1 of the *Code* authorizes a carefully controlled and restricted form of invasion of the privacy of individual citizens. Parliament was obviously conscious of the fact that solicitors were a very special category of citizen for this purpose because of the importance attributed to solicitor-client privilege by our law. It specifically alerted the authorizing judge in s. 178.13(1.2) to the need for special terms where the telephone of a solicitor is being tapped. He is directed to include in the authorization "such terms and conditions as he considers advisable to protect privileged communications between solicitors and clients". I think that to read the section as permitting no provision at all to be made for the protection of solicitor-client privilege totally defeats the whole aim and object of the section. The authorizations were therefore, in my view, invalid on their face.

For these reasons I would allow the appeal.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—I agree with my colleague Wilson J. that the appeal should be allowed. I also agree with her reasons for judgment except in relation to the second ground of appeal. As to that ground, it seems to me there may be no terms and conditions that a judge who gives an authorization considers advisable to pro-

pas d'accord. Je crois que le type des modalités qu'il impose est laissé à sa discrétion, mais que l'imposition des modalités est obligatoire. Je suis de cet avis en raison de la combinaison de l'emploi du terme «doit» et l'identification dans l'article du but pour lequel les modalités doivent être imposées. Si le paragraphe énonçait simplement que le juge doit imposer les conditions qu'il considère appropriées, alors on pourrait soutenir, à mon avis, qu'il n'est pas tenu d'en imposer. Mais je ne vois pas comment l'absence de modalités pourrait éventuellement être considérée comme appropriée pour protéger le privilège du secret professionnel de l'avocat.

La Partie IV.1 du *Code* autorise une forme d'incursion soigneusement contrôlée et limitée dans la vie privée des citoyens. Le législateur était de toute évidence conscient du fait que les avocats représentent une catégorie très spéciale de citoyens à cette fin en raison de l'importance qu'accorde notre droit au privilège du secret professionnel de l'avocat. Au par. 178.13(1.2), il a précisément souligné au juge qui accorde l'autorisation que certaines modalités spéciales sont nécessaires lorsque le téléphone d'un avocat fait l'objet d'écoute électronique. Il est tenu d'inclure dans l'autorisation «les modalités qu'il estime opportunes pour protéger les communications sous le sceau du secret professionnel entre l'avocat et son client». D'après moi, interpréter l'article de manière qui permette que absolument aucune disposition ne soit prise pour protéger le secret professionnel d'un avocat va totalement à l'encontre du but et de l'objet global de l'article. Par conséquent, à mon avis, les autorisations étaient manifestement invalides.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—Je conviens avec le juge Wilson que le pourvoi doit être accueilli. Je suis également d'accord avec ses motifs de jugement, sauf en ce qui concerne le second moyen d'appel. À cet égard, il me semble qu'il se peut qu'il n'y ait aucune des modalités qu'un juge qui accorde une autorisation estime

tect privileged communications. It is only such terms and conditions that he is required to include under s. 178.13(1.2). However, as my colleague points out, the judge is entitled to receive from the applicants for an authorization facts known to them that he obviously needs in making a decision.

opportunes pour protéger les communications sous le sceau du secret professionnel. Ce sont seulement ces modalités qu'il est tenu d'inclure en vertu du par. 178.13(1.2). Toutefois, comme ma collègue le souligne, le juge est en droit de recevoir de ceux qui demandent une autorisation les faits qu'ils connaissent et dont il a manifestement besoin pour rendre une décision.

Appeal dismissed WILSON *and* LA FOREST JJ. *dissenting.*

Pourvoi rejeté les juges WILSON *et* LA FOREST *sont dissidents.*

Solicitor for the appellant: Howard Rubin, Vancouver.

Procureur de l'appelant: Howard Rubin, Vancouver.

Solicitor for the respondent: R. Tassé, Ottawa.

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

Mary Sorochan *Appellant*

v.

Alex Sorochan *Respondent*

INDEXED AS: SOROCHAN *v.* SOROCHAN

File No.: 19171.

1986: June 26; 1986: July 31.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Unjust Enrichment — Constructive trust — Long term "common law" relationship — Common law husband acquired farm before relationship — Common law wife's farm work essential to maintenance and preservation of farm — Expectation to receive an interest in farm — Whether or not unjust enrichment allowing the imposition of a constructive trust in favour of estranged common law wife.

Mary and Alex Sorochan lived together for forty-two years. They jointly worked a mixed farming operation and had six children. They were never married. Appellant ran the household, cared for their children and worked long hours on the farm. For a number of years, the respondent worked as a travelling salesperson. During these periods, appellant often assumed sole responsibility for the farm chores. When the parties began living together, respondent owned six quarter sections of farmland along with his brother; he later became sole owner of three quarter sections. At the time of the transfer, appellant was asked to sign documents barring any potential dower entitlement. Early in their relationship, appellant had asked respondent to marry her, with the reply of "later on". In 1971, she requested the respondent to transfer part of the land into her name and was refused. Appellant commenced legal action for an interest in the farm after failing health and a deteriorating relationship forced her to move to a senior citizen's home.

The trial judge found a constructive trust and ordered that one quarter section be transferred to appellant, provided that she reconvey it forthwith to her children. A cash payment was also awarded. The Court of Appeal allowed an appeal from that decision. At issue is whether a court can impose a constructive trust in a situation

Mary Sorochan *Appelante*

c.

Alex Sorochan *Intimé*

RÉPERTORIÉ: SOROCHAN *c.* SOROCHAN

N° du greffe: 19171.

1986: 26 juin; 1986: 31 juillet.

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'ALBERTA

Enrichissement sans cause — Fiducie par interprétation — Union «de fait» de longue durée — Acquisition de la ferme par le conjoint de fait avant l'union — Travail de la conjointe de fait essentiel à l'entretien et à la préservation de la ferme — Attente d'obtenir un droit sur la ferme — L'enrichissement sans cause permet-il l'imposition d'une fiducie par interprétation en faveur de la conjointe de fait séparée?

Mary et Alex Sorochan ont vécu ensemble pendant quarante-deux années. Ils ont exploité ensemble une entreprise de polyculture et ont eu six enfants. Ils ne se sont jamais mariés. L'appelante s'est occupée de la maison et des enfants et a travaillé pendant de longues heures à la ferme. Pendant un certain nombre d'années, l'intimé a travaillé comme commis voyageur. Au cours de cette période, l'appelante s'est souvent occupée seule des travaux de la ferme. Quand les parties ont commencé à vivre ensemble, l'intimé possédait avec son frère six quarts de section de terre agricole; il est devenu par la suite le seul propriétaire de trois quarts de section. À l'époque de la cession, on a demandé à l'appelante de signer des documents excluant toute possibilité de douaire. Au début de leur union, l'appelante avait demandé à l'intimé de l'épouser, ce à quoi il a répondu «plus tard». En 1971, elle a demandé à l'intimé de transférer à son nom une partie du bien-fonds et elle a essuyé un refus. L'appelante a engagé des procédures judiciaires en vue d'obtenir un droit sur la ferme après que des problèmes de santé et une détérioration de leurs rapports l'eurent forcée à déménager dans un foyer pour personnes âgées.

Le juge de première instance a conclu à l'existence d'une fiducie par interprétation et a ordonné qu'un quart de section soit transféré à l'appelante pourvu qu'elle le cède immédiatement à ses enfants. Une somme d'argent a également été accordée. La Cour d'appel a accueilli l'appel de cette décision. La question en litige est de

where a common law wife has contributed her labour for a number of years to preserving and maintaining a farm and doing all the domestic labour, despite the fact that her spouse already owned the property prior to the date when cohabitation commenced.

Held: The appeal should be allowed.

A constructive trust can be imposed to remedy an unjust enrichment. The elements of unjust enrichment include: (a) an enrichment, (b) a corresponding deprivation, and (c) the absence of any juristic reason for the enrichment. Respondent clearly benefitted from the appellant's many years of unpaid labour maintaining and preserving the farm and running the household. Appellant suffered a corresponding deprivation. There was no juristic reason for the enrichment. Appellant was under no obligation, contractual or otherwise, to perform this work. Furthermore, she had a reasonable expectation of receiving some benefit in return for her labour and respondent knew or ought to have known of that expectation.

In assessing whether a constructive trust remedy was appropriate, the first factor considered was whether there was a clear link between the claimant's contribution and the disputed property. The contribution does not have to be connected to the acquisition of property. A sufficient nexus may exist where the contribution relates to the preservation, maintenance or improvement of property.

A second consideration in determining whether proprietary relief should be ordered was whether the claimant reasonably expected to receive an actual interest in property and whether the respondent knew or reasonably ought to have known of that expectation. This criterion was met on the facts of this case.

The longevity of the relationship was the final consideration in assessing whether an *in rem* remedy was appropriate.

The remedy ordered by the trial judge was appropriate in all but one respect. The trial judge erred when he made appellant's entitlement to the land contingent on her immediate transfer of title to her children. Appellant was the person who suffered the deprivation and it was she who was entitled to the remedy.

savoir si une cour peut imposer une fiducie par interprétation dans le cas où une conjointe de fait a travaillé pendant un certain nombre d'années à la préservation et à l'entretien d'une ferme et s'est occupée de tous les travaux domestiques, malgré le fait que son conjoint possédait déjà la ferme avant qu'ils ne commencent à cohabiter.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Une fiducie par interprétation peut être imposée pour remédier à un enrichissement sans cause. Les éléments de l'enrichissement sans cause comportent: a) un enrichissement, b) un appauvrissement correspondant, et c) l'absence de tout motif juridique justifiant l'enrichissement. L'intimé a nettement profité des nombreuses années pendant lesquelles l'appelante a travaillé gratuitement à l'entretien et à la préservation de la ferme et s'est occupée de la maison. L'appelante a subi un appauvrissement correspondant. Il n'y avait aucun motif juridique justifiant l'enrichissement. L'appelante n'avait aucune obligation, découlant d'un contrat ou autre, d'effectuer ces tâches. En outre, elle s'attendait raisonnablement à retirer quelque bénéfice de son labeur et l'intimé était ou devait être au courant de cette attente.

En déterminant si une fiducie par interprétation constituait un redressement approprié, le premier facteur à considérer est de savoir s'il y a un lien manifeste entre la contribution du requérant et le bien contesté. Il n'est pas nécessaire que la contribution soit liée à l'acquisition du bien. Il peut y avoir un lien suffisant lorsque la contribution a trait à la préservation, à l'entretien ou à l'amélioration du bien.

Un deuxième facteur à considérer pour déterminer si un redressement foncier doit être ordonné est de savoir si le requérant s'attendait raisonnablement à obtenir un droit véritable sur le bien et si l'intimé était au courant ou devait être raisonnablement au courant de cette attente. Ce critère a été rempli d'après les faits de l'espèce.

La durée de la relation est le dernier facteur à considérer en déterminant si un redressement *in rem* est approprié.

Le redressement ordonné par le juge de première instance était approprié sauf à un égard. Le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a assujetti le droit de l'appelante au bien à la condition qu'elle en cède immédiatement le titre de propriété à ses enfants. L'appelante est la personne qui a subi l'appauvrissement et c'est elle qui a droit au redressement.

Cases Cited

Applied: *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834; **considered:** *Murray v. Roty* (1983), 41 O.R. (2d) 705; *Pierce v. Timmons*, Ont. C.A., February 26, 1985, unreported; *Lawrence v. Lindsey* (1982), 28 R.F.L. (2d) 356; **distinguished:** *Beard v. Beard*, [1982] 1 S.C.R. 282, affirming (1980), 35 A.R. 448, varying (1978), 16 A.R. 271; **referred to:** *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436; *Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67; *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2, reversing on other grounds [1982] C.A. 66; *Herman v. Smith* (1984), 42 R.F.L. (2d) 154; *Rochon v. Emary* (1982), 32 R.F.L. (2d) 217, affirming (1981), 21 R.F.L. (2d) 366; *Wilson v. Munro* (1983), 32 R.F.L. (2d) 235.

Authors Cited

Fridman, G. H. L. and James G. McLeod. *Restitution.* Toronto: Carswells, 1982.
Goff, Sir Robert and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1978.
Klippert, George B. *Unjust Enrichment.* Toronto: Butterworths, 1983.
McClean, A. J. "Constructive and Resulting Trusts—Unjust Enrichment in a Common Law Relationship—Pettkus v. Becker" (1981), 16 *U.B.C.L. Rev.* 155.
Palmer, George C. *Law of Restitution*, vol. 1. Boston: Little, Brown, 1978.
Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1984.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1984), Alta. L.R. (2d) 119, allowing an appeal from a judgment of Purvis J. Appeal allowed.

Margaret R. Odishaw and *Terryl J. Rostad*, for the appellant.

Damon D. Himsl, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—In this appeal, the Court is called upon to consider whether the appellant, Mary Sorochan, is entitled to an interest in the farmland owned by the respondent, Alex Sorochan, on the basis of the law of constructive trust. The central issue is whether a court can impose a constructive trust in a situation where a "common law" wife has contributed her labour for a number of years to preserving and maintaining a farm and

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834; **arrêts examinés:** *Murray v. Roty* (1983), 41 O.R. (2d) 705; *Pierce v. Timmons*, C.A. Ont., 26 février 1985, inédit; *Lawrence v. Lindsey* (1982), 28 R.F.L. (2d) 356; **distinction d'avec l'arrêt:** *Beard c. Beard*, [1982] 1 R.C.S. 282, confirmant (1980), 35 A.R. 448, modifiant (1978), 16 A.R. 271; **arrêts mentionnés:** *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436; *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67; *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2, infirmant pour d'autres motifs [1982] C.A. 66; *Herman v. Smith* (1984), 42 R.F.L. (2d) 154; *Rochon v. Emary* (1982), 32 R.F.L. (2d) 217, confirmant (1981), 21 R.F.L. (2d) 366; *Wilson v. Munro* (1983), 32 R.F.L. (2d) 235.

Doctrine citée

Fridman, G. H. L. and James G. McLeod. *Restitution.* Toronto: Carswells, 1982.
Goff, Sir Robert and Gareth Jones. *The Law of Restitution*, 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1978.
Klippert, George B. *Unjust Enrichment.* Toronto: Butterworths, 1983.
McClean, A. J. «Constructive and Resulting Trusts—Unjust Enrichment in a Common Law Relationship—Pettkus v. Becker» (1981), 16 *U.B.C.L. Rev.* 155.
Palmer, George C. *Law of Restitution*, vol. 1. Boston: Little, Brown, 1978.
Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1984.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1984), Alta. L.R. (2d) 119, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Purvis. Pourvoi accueilli.

Margaret R. Odishaw et *Terryl J. Rostad*, pour l'appelante.

Damon D. Himsl, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—La Cour est appelée en l'espèce à examiner si le principe de la fiducie par interprétation joue de manière à donner à l'appelante, Mary Sorochan, un droit sur les terres agricoles appartenant à l'intimé, Alex Sorochan. La question fondamentale est de savoir si une cour peut imposer une fiducie par interprétation dans le cas où une conjointe «de fait» a travaillé pendant un certain nombre d'années à la préservation et à

doing all of the domestic labour, despite the fact that her spouse already owned the property prior to the date cohabitation commenced.

I

Facts

Mary and Alex Sorochan lived together for forty-two years, between 1940 and 1982, on a farm in the Two Hills District of Alberta. During this time, they jointly worked a mixed farming operation and had six children. They never married. Mary Sorochan did all of the domestic labour associated with running the household and caring for the children. In addition, she worked long hours on the farm. The family lived in modest circumstances.

At the time the parties began living together, Alex Sorochan was the owner, along with his brother, of six one-quarter sections of farmland. In 1951, the land was divided between the two brothers and the respondent became the registered owner of three one-quarter sections. From 1942 to 1945, and from 1968 to 1982, the respondent worked as a travelling salesperson. During these periods, Mary Sorochan often assumed responsibility for doing all of the farm chores on her own. In 1982, due to the failing health of the appellant and the deteriorating relationship between the couple, Mary Sorochan moved to a senior citizen's home. She subsequently commenced this legal action for an interest in the farm upon which she had worked for forty-two years.

II

Judgments

Alberta Court of Queen's Bench

At trial, Purvis J. of the Alberta Court of Queen's Bench, relying on *Pettkus v. Becker*, [1980] 2 S.C.R. 834, held that "the law of constructive trust can be extended to cover situations such as the one disclosed in the evidence in these proceedings". He found that Alex Sorochan was enriched by his association with Mary Sorochan and that she had suffered a corresponding deprivation. Purvis J. also found that there was no juristic

l'entretien d'une ferme et s'est occupée de tous les travaux domestiques, malgré le fait que son conjoint possédait déjà la ferme avant qu'ils ne commencent à cohabiter.

I

Les faits

Mary et Alex Sorochan ont vécu ensemble pendant quarante-deux années, de 1940 à 1982, dans une ferme du district de Two Hills en Alberta. Au cours de cette période, ils ont exploité ensemble une entreprise de polyculture et ont eu six enfants. Ils ne se sont jamais mariés. Mary Sorochan s'est occupée de tous les travaux domestiques reliés au ménage et a pris soin des enfants. De plus, elle a travaillé pendant de longues heures à la ferme. Le train de vie de la famille était modeste.

Au moment où les parties ont commencé à vivre ensemble, Alex Sorochan possédait avec son frère six quarts de section de terre agricole. En 1951, ces terres ont été partagées entre les deux frères et l'intimé est devenu le propriétaire inscrit de trois quarts de section. De 1942 à 1945 et de 1968 à 1982, l'intimé a travaillé comme commis voyageur. Au cours de ces périodes, Mary Sorochan s'est souvent occupée seule de tous les travaux de la ferme. En 1982, à cause de sa santé défaillante et de la détérioration de leurs rapports de couple, Mary Sorochan a déménagé dans un foyer pour personnes âgées. Elle a par la suite intenté une action en justice en vue d'obtenir un droit sur la ferme où elle avait travaillé pendant quarante-deux ans.

II

Jugements

Cour du Banc de la Reine de l'Alberta

En première instance, le juge Purvis de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta, se fondant sur l'arrêt *Pettkus c. Becker*, [1980] 2 R.C.S. 834, a conclu que [TRADUCTION] «la portée du principe de la fiducie par interprétation peut être étendue de manière à embrasser des situations comme celle qui se dégage de la preuve produite en l'espèce». Il a estimé qu'Alex Sorochan s'était enrichi par suite de son association avec Mary Sorochan et que

reason justifying the enrichment. Mary Sorochan had prejudiced herself with the reasonable expectation of receiving an interest in the property and Alex Sorochan knew of that expectation. Purvis J. noted, in particular, that in 1971 Mary Sorochan had asked the respondent to transfer land into her name.

Accordingly, Purvis J. ordered the transfer of one of the three quarter sections of land into the name of Mary Sorochan, upon her undertaking to transfer title forthwith to her six children. He also ordered Alex Sorochan to pay $8,000 in cash forthwith to Mary Sorochan and a further $12,000 within one year, the latter sum to be reduced to $7,000 if paid within six months.

Alberta Court of Appeal

The Court of Appeal reversed the trial judge's order and rejected the finding of a constructive trust in favour of Mary Sorochan. Lieberman J.A., for the Court, held that the trial judge had erred in his interpretation of *Pettkus v. Becker*, stating:

> Plaintiff's counsel argues that a constructive trust has been created here by reason of the unjust enrichment of the defendant as a result of the plaintiff's labours, but she has been unable to point out any accumulation of assets by the couple during the relevant period.
>
> In *Pettkus* Dickson J., as he then was, said at page 183:
>
> "For the unjust enrichment principle to apply it is obvious that some connection must be shown between the acquisition of property and corresponding deprivation. On the facts of this case, that test was met. The indirect contribution of money and the direct contribution of labour is clearly linked to the acquisition of property, the beneficial ownership of which is in dispute."
>
> Unfortunately, the facts in the case at bar do not fall within that principle. There is no link between the acquisition of the property in question and the plaintiff's labour.

celle-ci avait subi un appauvrissement correspondant. Le juge Purvis a décidé en outre qu'aucun motif juridique ne justifiait l'enrichissement. Mary Sorochan s'était causé un préjudice dans l'attente raisonnable de recevoir un droit sur les biens-fonds et Alex Sorochan était au courant de cette attente. Le juge Purvis a souligné en particulier qu'en 1971 Mary Sorochan avait demandé à l'intimé de transférer des terres à son nom.

En conséquence, le juge Purvis a ordonné qu'un des trois quarts de section de terre soit transféré au nom de Mary Sorochan, à condition qu'elle s'engage à céder immédiatement le titre à ses six enfants. Il a également ordonné à Alex Sorochan d'effectuer un versement immédiat de 8 000 $ comptant à Mary Sorochan et de lui payer dans un délai d'un an un montant supplémentaire de 12 000 $, somme qui devait être réduite à 7 000 $ si le paiement se faisait dans les six mois.

Cour d'appel de l'Alberta

La Cour d'appel a annulé l'ordonnance du juge de première instance et a rejeté sa conclusion relative à l'existence d'une fiducie par interprétation en faveur de Mary Sorochan. Le juge Lieberman, au nom de la Cour, a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur dans son interprétation de l'arrêt *Pettkus c. Becker*. Le juge Lieberman a dit:

> [TRADUCTION] L'avocate de la demanderesse fait valoir qu'il y a en l'espèce une fiducie par interprétation résultant de l'enrichissement sans cause du défendeur par suite des travaux de la demanderesse, mais elle n'a pu établir que le couple a accumulé des biens au cours de la période pertinente.
>
> Dans l'arrêt *Pettkus*, le juge Dickson, alors juge puîné, a dit à la p. 183:
>
> «Pour que le principe de l'enrichissement sans cause s'applique, il faut, bien sûr, établir un lien entre l'acquisition des biens et l'appauvrissement correspondant. Les faits de l'espèce indiquent que l'on a satisfait à ce critère. La contribution indirecte d'argent et la contribution directe de labeur sont clairement liées à l'acquisition des biens dont la propriété véritable est en litige.»
>
> Malheureusement, les faits de la présente affaire ne relèvent pas de ce principe. Il n'y a pas de lien entre l'acquisition des biens-fonds en cause et les travaux de la demanderesse.

III

Unjust Enrichment

To ascertain whether a constructive trust should be imposed in this case, we must begin by examining the doctrine of unjust enrichment. As I had occasion to say in *Rathwell v. Rathwell*, [1978] 2 S.C.R. 436, at p. 444:

> On the legal front, acceptance of the notion of restitution and unjust enrichment in Canadian jurisprudence (*Deglman v. Guaranty Trust Company*, [1954] S.C.R. 725), has opened the way to recognition of the constructive trust as an available and useful remedial tool in resolving matrimonial property disputes.

In *Pettkus v. Becker*, the Court stated at pp. 847-48:

> The principle of unjust enrichment lies at the heart of the constructive trust. "Unjust enrichment" has played a role in Anglo-American legal writing for centuries. Lord Mansfield, in the case of *Moses v. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005, put the matter in these words: " . . . the gist of this kind of action is that the defendant, upon the circumstances of the case, *is obliged by the ties of natural justice and equity to refund* the money". It would be undesirable, and indeed impossible, to attempt to define all the circumstances in which an unjust enrichment might arise .... The great advantage of ancient principles of equity is their flexibility: the judiciary is thus able to shape these malleable principles so as to accommodate the changing needs and mores of society, in order to achieve justice. The constructive trust has proven to be a useful tool in the judicial armoury.

See also: Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. (Toronto 1984), pp. 378-85; Fridman & McLeod, *Restitution* (Toronto 1982), pp. 20-22, 34-39; Palmer, *Law of Restitution*, vol. 1 (Boston 1978), p. 5.

It is also interesting to note that the principle of unjust enrichment has been firmly acknowledged as part of the civil law of Quebec: see *Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 S.C.R. 67, at pp. 75-77, in which Beetz J. articulates the theoretical principles underlying the concept of unjust enrichment. In the family law context, see *Richard c. Beaudoin-Daigneault*,

III

L'enrichissement sans cause

Pour déterminer s'il convient d'imposer une fiducie par interprétation en l'espèce, nous devons commencer par un examen du principe de l'enrichissement sans cause. Comme je l'ai fait remarquer dans l'arrêt *Rathwell c. Rathwell*, [1978] 2 R.C.S. 436, à la p. 444:

> Sur le terrain du droit, l'acceptation de la notion de restitution et d'enrichissement sans cause en jurisprudence canadienne (*Deglman c. Guaranty Trust Company*, [1954] R.C.S. 725) a ouvert la voie à la reconnaissance de la fiducie par interprétation comme un recours possible et utile dans les litiges portant sur les biens matrimoniaux.

Dans l'arrêt *Pettkus c. Becker*, la Cour a dit, aux pp. 847 et 848:

> Le principe de l'enrichissement sans cause est au cœur de la fiducie par interprétation. «L'enrichissement sans cause» a joué un rôle dans la doctrine juridique anglo-américaine pendant des siècles. Dans l'arrêt *Moses v. Macferlan* (1760), 2 Burr. 1005, lord Mansfield s'est exprimé comme suit: [TRADUCTION] « ... le motif principal de cette action est que le défendeur *est obligé en vertu des règles de justice naturelle et d'equity de rembourser l'argent*». Il ne conviendrait pas, et en fait il serait impossible, d'essayer de définir toutes les circonstances qui peuvent donner lieu à un enrichissement sans cause ... Le grand avantage des principes anciens d'*equity* est leur souplesse: les tribunaux peuvent donc modeler ces principes malléables pour répondre aux nécessités et aux mœurs changeantes de la société, afin que justice soit rendue. La fiducie par interprétation s'est révélée utile dans l'arsenal judiciaire.

Voir aussi: Waters, *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. (Toronto 1984), aux pp. 378 à 385; Fridman & McLeod, *Restitution* (Toronto 1982), aux pp. 20 à 22, 34 à 39; Palmer, *Law of Restitution*, vol. 1 (Boston 1978), à la p. 5.

Il est intéressant de signaler aussi que le principe de l'enrichissement sans cause est solidement enraciné dans le droit civil du Québec: voir l'arrêt *Cie Immobilière Viger Ltée c. Lauréat Giguère Inc.*, [1977] 2 R.C.S. 67, aux pp. 75 à 77, où le juge Beetz énonce les principes théoriques sous-tendant le concept de l'enrichissement sans cause. Dans le contexte du droit de la famille, voir l'arrêt

[1982] C.A. 66, where the Quebec Court of Appeal applied the principle of unjust enrichment, although it ultimately rejected the merits of the unjust enrichment claim on the facts of the case. On appeal to this Court (see *Beaudoin-Daigneault v. Richard*, [1984] 1 S.C.R. 2), the Court of Appeal's judgment was reversed on another ground and the Court expressly held it unnecessary to consider the merits of the unjust enrichment claim.

Before a constructive trust can be imposed in this case, the Court must find that there has been an unjust enrichment. In *Pettkus* and *Rathwell*, the Court outlined three requirements that must be satisfied before it can be said that an unjust enrichment exists. These include:

(a) an enrichment;

(b) a corresponding deprivation; and

(c) the absence of any juristic reason for the enrichment.

In the present appeal, the appellant worked on the farm for forty-two years, during which time she received no remuneration from the respondent. She did all of the household work, including the raising of their six children. In addition, she looked after the vegetable garden, milked the cows, raised chickens, did farmyard chores, worked in the fields, hayed, hauled bales, harvested grain and helped to clear the land of rocks. She also sold garden produce, milk and eggs to pay for food and clothing for the family and for the schooling of the youngest child. On numerous occasions when Alex Sorochan was engaged in his sales activities, Mary Sorochan was left with sole responsibility for the operation of the farm.

The trial judge held that there was "clear evidence of enrichment" to the respondent. The Court of Appeal found that Mary Sorochan "performed all the work of a diligent farm wife". In my view, it is clear that the respondent derived a benefit from the appellant's many years of labour in the home and on the farm. This benefit included valuable savings from having essential farm ser-

Richard c. Beaudoin-Daigneault, [1982] C.A. 66, dans lequel la Cour d'appel du Québec a appliqué le principe de l'enrichissement sans cause, bien que, tenant compte des faits de l'affaire, elle ait fini par rejeter la demande fondée sur ce principe. En appel devant cette Cour (voir l'arrêt *Beaudoin-Daigneault c. Richard*, [1984] 1 R.C.S. 2), l'arrêt de la Cour d'appel a été infirmé pour un autre motif et la Cour a dit expressément qu'il n'était pas nécessaire d'examiner au fond la demande fondée sur l'enrichissement sans cause.

Pour qu'une fiducie par interprétation puisse être imposée en l'espèce, la Cour doit conclure à un enrichissement sans cause. Dans les arrêts *Pettkus* et *Rathwell*, la Cour a posé trois exigences dont dépend l'existence d'un enrichissement sans cause. Ce sont:

a) un enrichissement;

b) un appauvrissement correspondant; et

c) l'absence de tout motif juridique à l'enrichissement.

Dans la présente affaire, l'appelante a travaillé à la ferme pendant quarante-deux années au cours desquelles l'intimé ne lui a versé aucune rémunération. Elle a fait tous les travaux ménagers et a élevé leurs six enfants. En outre, elle a cultivé le potager, trait les vaches, élevé des poules, s'est acquittée des besognes de routine dans la cour de la ferme, a travaillé dans les champs, fait les foins, charrié les bottes de foin, récolté les moissons et participé à l'épierrage des terres. De plus, elle a vendu des légumes provenant du potager, du lait et des oeufs pour nourrir et habiller la famille et pour subvenir à l'instruction du benjamin. À maintes reprises, lorsque Alex Sorochan se livrait à ses activités de vendeur, l'entière responsabilité de l'exploitation de la ferme retombait sur Mary Sorochan.

Selon le juge de première instance, il y avait une [TRADUCTION] «preuve non équivoque établissant l'enrichissement» de l'intimé. La Cour d'appel pour sa part a conclu que Mary Sorochan [TRADUCTION] «a accompli tous les travaux d'une épouse de fermier diligente». À mon avis, il est évident que l'intimé a tiré un avantage des nombreuses années de travail de l'appelante au foyer et à la ferme. Cet

vices and domestic work performed by the appellant without having to provide remuneration. Professor McLeod, in his annotation of *Herman v. Smith* (1984), 42 R.F.L. (2d) 154, a case involving a contribution primarily in the form of housekeeping services, summarized the enrichment aspect of the judgment at p. 155:

> The initial point raised is: Has the man received a benefit? In the case, the benefit resulted from the claimant performing the normal "spousal" services. No attempt was made to state the issue on any other basis. The rendering of spousal services amounts to a valuable service.

In addition, through the appellant's years of labour, the farm was maintained and preserved as valuable farmland. It did not deteriorate in value through neglect or disuse, as it no doubt would have in the absence of Mary Sorochan's faithful and long years of labour. The appellant's maintenance and preservation of the land, therefore, conferred a significant benefit on the respondent. As noted in *Rochon v. Emary* (1981), 21 R.F.L. (2d) 366 (B.C.S.C.), at p. 370, affirmed on appeal (1982), 32 R.F.L. (2d) 217 (B.C.C.A.), "the plaintiff . . . made a valuable contribution by way of her services as housekeeper and in assisting the defendant in maintaining and improving the property".

On the other side of the coin, the labour done by Mary Sorochan during those forty-two years constituted for her a corresponding deprivation. The trial judge concluded that this was the case. Moreover, the case law indicates that the full-time devotion of one's labour and earnings without compensation can readily be viewed as a deprivation. In *Murray v. Roty* (1983), 41 O.R. (2d) 705 (Ont. C.A.), for example, a case involving a joint business and farm operation, Cory J.A. commented (at p. 710): "For eight years of her life she devoted all of her time and energy and almost all of her wages for the benefit of Roty. The deprivation is obvi-

avantage comprenait notamment les économies considérables réalisées du fait que des travaux agricoles et domestiques essentiels ont été accomplis par l'appelante sans qu'on ait à la rémunérer. Le professeur McLeod, dans son commentaire de l'affaire *Herman v. Smith* (1984), 42 R.F.L. (2d) 154, où il était question d'une contribution qui revêtait principalement la forme de services ménagers, a résumé le jugement en tant qu'il traitait de l'enrichissement, à la p. 155:

> [TRADUCTION] Le premier point soulevé est celui-ci: l'homme a-t-il reçu un avantage? En l'occurrence, l'avantage résultait de ce que la requérante a rendu les services normaux d'un conjoint. On n'a pas tenté de formuler autrement la question en litige. Or, les services d'un conjoint ont une valeur pécuniaire.

De plus, grâce aux années de travail de l'appelante, la ferme a été entretenue et a pu garder sa destination agricole. Elle n'a pas perdu de valeur pour avoir été négligée ou abandonnée, ce qui serait sans aucun doute arrivé n'eût été le dévouement de Mary Sorochan pendant de longues années. L'intimé a donc bénéficié considérablement de ce que l'appelante a entretenu et préservé les terres. Comme on l'a fait remarquer dans l'affaire *Rochon v. Emary* (1981), 21 R.F.L. (2d) 366 (C.S.C.-B.), à la p. 370, confirmée en appel (1982), 32 R.F.L. (2d) 217 (C.A.C.-B.), [TRADUCTION] «la demanderesse . . . a fait une contribution importante en rendant des services ménagers et en aidant le défendeur à entretenir et à améliorer le bien».

D'un autre côté, le travail de Mary Sorochan pendant ces quarante-deux années constituait pour elle un appauvrissement correspondant. C'est ce qu'a conclu le juge de première instance. Au surplus, il ressort de la jurisprudence qu'il n'y a aucune difficulté à considérer comme un appauvrissement la contribution à plein temps et sans compensation de son travail et de ses revenus. Par exemple, dans l'arrêt *Murray v. Roty* (1983), 41 O.R. (2d) 705 (C.A. Ont.), portant sur une exploitation commerciale et agricole conjointe, le juge Cory a souligné (à la p. 710): [TRADUCTION] «Pendant huit années de sa vie elle a consacré tout son temps et toute son énergie et la quasi-totalité de son salaire au bénéfice de Roty. L'appauvrissement est évident.» De même, dans l'arrêt *Pettkus*,

ous". Similarly, *Pettkus* addressed the first two criteria as follows at p. 849:

> ... the first two requirements laid down in *Rathwell* have clearly been satisfied: Mr. Pettkus has had the benefit of nineteen years of unpaid labour, while Miss Becker has received little or nothing in return.

The third condition that must be satisfied before a finding of unjust enrichment can be made is also easily met on the facts of this case. There was no juristic reason for the enrichment. Mary Sorochan was under no obligation, contractual or otherwise, to perform the work and services in the home or on the land. In *Pettkus*, the Court held that this third requirement would be met in situations where one party prejudices himself or herself with the reasonable expectation of receiving something in return and the other person freely accepts the benefits conferred by the first person in circumstances where he or she knows or ought to have known of that reasonable expectation.

Mary Sorochan came to live with Alex Sorochan on his farm. Together they worked the land, had six children and held themselves out to the community as married. In my view, Mary Sorochan had a reasonable expectation of receiving some benefit in return for her forty-two years of domestic and farm labour. Indeed, it was reasonable for her to believe that this would take the form of an interest in the property. In 1951, when the two brothers split their joint ownership of the land, Mary Sorochan was asked to sign the conveyancing documents to bar any dower entitlement to the lands ceded to Alex Sorochan's brother. At the time of their first child in 1941, Mary Sorochan asked Alex Sorochan to get married. She testified at trial that he responded "later on". In 1971, she asked him to transfer part of the land into her name, which he refused to do. These incidents convince me that Alex Sorochan knew or ought to have known that Mary Sorochan had a reasonable expectation of obtaining some share in the land in return for her long-term commitment to working the farm and raising their six children.

on a dit concernant les deux premiers critères, à la p. 849:

> ... les deux premières exigences énoncées dans l'arrêt *Rathwell* ont été bien remplies: M. Pettkus a bénéficié pendant dix-neuf ans d'un labeur non rémunéré alors que M^lle^ Becker a reçu peu ou rien en retour.

D'après les faits en l'espèce, il n'y a aucune difficulté non plus à satisfaire à la troisième condition à remplir pour qu'on puisse conclure à l'enrichissement sans cause. L'enrichissement était sans motif juridique. Mary Sorochan n'avait aucune obligation, contractuelle ou autre, de travailler au foyer ou sur la terre. Dans l'arrêt *Pettkus*, la Cour a jugé que cette troisième exigence serait remplie dans des situations où une partie se cause un préjudice dans l'attente raisonnable de recevoir quelque chose en contrepartie et que l'autre personne accepte librement les avantages que lui procure la première, alors qu'elle connaît ou devrait connaître cette attente raisonnable.

Mary Sorochan est allée vivre avec Alex Sorochan dans sa ferme. Ils ont cultivé la terre ensemble, ils ont eu six enfants et se sont fait passer auprès d'autrui pour un couple marié. À mon sens, Mary Sorochan s'attendait raisonnablement à recevoir quelque avantage en contrepartie de ses quarante-deux années de travail à la maison et à la ferme. En effet, elle pouvait raisonnablement croire que cet avantage prendrait la forme d'un droit sur les biens-fonds. En 1951, quand les deux frères ont procédé au partage de leur copropriété, on a demandé à Mary Sorochan de signer les actes translatifs de propriété en guise de renonciation à tout droit de douaire sur les terres cédées au frère d'Alex Sorochan. Après la naissance de leur premier enfant en 1941, Mary Sorochan a demandé à Alex Sorochan de l'épouser. Elle a témoigné en première instance qu'il a répondu [TRADUCTION] «plus tard». En 1971, elle lui a demandé de transférer à son nom une partie des biens-fonds, ce qu'il a refusé de faire. Ces incidents me convainquent qu'Alex Sorochan savait ou devait savoir que Mary Sorochan s'attendait raisonnablement à obtenir une part des biens-fonds pour s'être si longtemps consacrée à l'exploitation de la ferme et à l'éducation de leurs six enfants.

In my view, to deny Mary Sorochan any form of relief would be unjust. I conclude, therefore, that the three pre-conditions for unjust enrichment have been satisfied in this case.

IV

Constructive Trust

The constructive trust constitutes one important judicial means of remedying unjust enrichment. Other remedies, such as monetary damages, may also be available to rectify situations of unjust enrichment. We must, therefore, ask when and under what circumstances it is appropriate for a court to impose a constructive trust. (See discussions in Waters, *supra*, chapter 11; McClean, "Constructive and Resulting Trusts—Unjust Enrichment in a Common Law Relationship—Pettkus v. Becker" (1981), 16 *U.B.C.L. Rev.* 155, at pp. 171-74; Klippert, *Unjust Enrichment* (Toronto 1983), chapter 7; Goff & Jones, *The Law of Restitution*, 2nd ed. (London 1978), at pp. 60-63).

In this regard, the first issue to be considered is the causal connection requirement, upon which the Court of Appeal's decision turned. Relying on the decision in *Pettkus*, the Court of Appeal held, and the respondent now submits, that before a constructive trust can be imposed, some connection must be shown between the deprivation and the actual acquisition of the property in question. Alex Sorochan already owned the land at the time Mary Sorochan moved in with him; it is maintained, therefore, that she did not contribute in any way to the acquisition of the farm.

It is understandable that this issue could be a source of confusion. Since the early constructive trust cases involved situations where there was some acquisition of property, there was a tendency to treat a particular manifestation of a general principle as the rule itself. In the same paragraph from which the Alberta Court of Appeal derived the acquisition requirement in *Pettkus*, however, one also finds articulations of the causal connec-

À mon avis, il serait injuste de refuser à Mary Sorochan tout redressement. Je conclus donc qu'on a satisfait en l'espèce aux trois conditions qui doivent être remplies pour qu'il y ait enrichissement sans cause.

IV

La fiducie par interprétation

La fiducie par interprétation constitue un moyen réparateur important dont disposent les tribunaux pour remédier à l'enrichissement sans cause. Il est possible aussi d'avoir recours à d'autres réparations, telles que des dommages-intérêts, pour corriger des cas d'enrichissement sans cause. Nous devons en conséquence nous demander quand et dans quelles circonstances il convient qu'un tribunal impose une fiducie par interprétation. (Voir ce qu'en disent Waters, précité, chapitre 11; McClean, «Constructive and Resulting Trusts—Unjust Enrichment in a Common Law Relationship—Pettkus v. Becker» (1981), 16 *U.B.C.L. Rev.* 155, aux pp. 171 à 174; Klippert, *Unjust Enrichment* (Toronto 1983), chapitre 7; Goff & Jones, *The Law of Restitution*, 2nd ed. (London 1978), aux pp. 60 à 63).

Dans cette optique, le premier point à aborder est l'exigence d'un lien causal, sur laquelle est fondée la décision de la Cour d'appel. S'appuyant sur l'arrêt *Pettkus*, la Cour d'appel a conclu, et l'intimé prétend maintenant, qu'une fiducie par interprétation ne peut pas être imposée à moins qu'on ne démontre l'existence d'un lien entre l'appauvrissement et l'acquisition effective des biens-fonds en question. Or, Alex Sorochan était déjà propriétaire des terres au moment où Mary Sorochan s'est installée avec lui; cela étant, on soutient que celle-ci n'a fait aucune contribution à l'acquisition de la ferme.

Il est compréhensible que cette question puisse prêter à confusion. Puisque les premiers arrêts relatifs à la fiducie par interprétation portaient sur des cas où il y avait acquisition de biens, la tendance a été de traiter une manifestation particulière d'un principe général comme la règle elle-même. Toutefois, l'alinéa de l'arrêt *Pettkus* où la Cour d'appel de l'Alberta a puisé qu'il fallait une acquisition contient aussi des formulations plus

tion test in more general terms. It is suggested simply that there should be "a clear link between the contribution and the disputed asset" (p. 852). The question of a connection between the deprivation and the property is further explained as "an issue of fact". That is, courts must ask whether the contribution is "sufficiently substantial and direct" to entitle the plaintiff to an interest in the property in question.

In a number of cases, this more general formulation of the causal connection test has been adopted and courts have held that constructive trusts can be imposed in situations where the contribution does not relate to the acquisition of property. See, for example, *Pierce v. Timmons*, Ontario Court of Appeal, February 26, 1985, unreported; *Murray v. Roty*, *supra*; *Lawrence v. Lindsey* (1982), 28 R.F.L. (2d) 356 (Alta. Q.B.) Nevertheless, in each of these cases, some reasonable connection did exist between the contribution or deprivation and the property (i.e. property improvement, maintenance or preservation).

In *Pierce v. Timmons*, the Ontario Court of Appeal approved of the application of the constructive trust principle in a situation where a common law farm wife worked for over twenty years to maintain and preserve the farm. The following passage from the trial judgment was cited with approval at p. 1:

> I find that without the significant contributions of Annie Pierce in animal husbandry, in the operation of heavy equipment, in crop cultivation, in farm and house management, and in personal care and nursing of an ailing farm proprietor Weldon Timmons would have been required to expend a very large sum of money and over a period of two decades. Indeed, bearing in mind his propensity to drink, and the abandonment of Weldon by all of his family for many years, and for good cause, it is entirely possible that Annie Pierce is the sole reason that Weldon Timmons was able, despite serious illness and growing physical incapacity to hold his assets together for so long. Clarence Timmons was enabled to harvest a very substantial windfall in realty and chattels, substantially in excess of $100,000 because of the loyalty, the unselfishness and the continued devotion and service of Annie Pierce.

générales du critère du lien causal. On dit simplement qu'il doit y avoir «un lien évident entre la contribution et les avoirs en cause» (à la p. 852). On ajoute que la question de l'existence d'un lien entre l'appauvrissement et les biens est une «question de fait». En d'autres termes, les tribunaux doivent se demander si la contribution est «suffisamment importante et directe» pour conférer au demandeur un droit à une part dans les biens en cause.

Cette formulation plus générale du critère du lien causal a été adoptée dans plusieurs affaires et les tribunaux ont conclu que des fiducies par interprétation peuvent être imposées dans des situations où la contribution n'est pas liée à l'acquisition de biens. Voir, par exemple, *Pierce v. Timmons*, Cour d'appel de l'Ontario, 26 février 1985, arrêt inédit; *Murray v. Roty*, précité; *Lawrence v. Lindsey* (1982), 28 R.F.L. (2d) 356 (B.R. Alb.) Néanmoins, dans chacune de ces causes, il existait en fait un lien raisonnable entre la contribution ou l'appauvrissement et les biens (c.-à-d. l'amélioration, l'entretien ou la préservation des biens).

Dans l'arrêt *Pierce v. Timmons*, la Cour d'appel de l'Ontario a approuvé l'application du principe de la fiducie par interprétation dans un cas où l'épouse de fait d'un fermier avait travaillé pendant plus de vingt années à l'entretien et à la préservation de la ferme. Le passage suivant tiré du jugement de première instance a été cité et approuvé à la p. 1:

> [TRADUCTION] Je conclus que si Annie Pierce n'avait pas largement contribué à l'élevage du bétail, à l'utilisation de matériel lourd, à la culture des terres, à la gestion de la ferme et du foyer et à soigner le propriétaire, Weldon Timmons, dont la santé était fragile, celui-ci se serait vu dans l'obligation de dépenser une somme très considérable au cours de deux décennies. En fait, étant donné qu'il avait tendance à boire et que toute sa famille l'avait abandonné, et non sans raison, pendant bien des années, il est tout à fait possible que ce soit uniquement grâce à Annie Pierce que Weldon Timmons a pu, en dépit d'une maladie grave et d'une incapacité qui allait en empirant, conserver ses biens pendant si longtemps. La fidélité, le désintéressement ainsi que le dévouement et les services constants d'Annie Pierce ont permis à Clarence Timmons de recevoir des biens meubles et immeubles d'une valeur nettement supérieure à 100 000 $.

In *Murray v. Roty*, the Ontario Court of Appeal also upheld the imposition of a constructive trust. The common law wife had worked in her husband's gas station business for less than minimum wage, did all of the domestic labour and contributed almost all of her salary to the maintenance of the properties and the purchase of groceries. Although it was held that she had in fact contributed directly and indirectly to her common law husband's acquisition of properties, it was also held that she contributed to their maintenance, improvement and increase in value (p. 712). Moreover, as pointed out in the appellant's factum, Cory J.A. stated at pp. 712-13:

> It is not strictly necessary to the disposition of this case but I should add that the remedy need not be confined to situations where the contribution, direct or indirect, was to the acquisition of the property. If a party to a relationship such as this contributed significantly to the construction of an addition or to the major renovation, improvement or modernization of a property I would hope that the remedy would be available to ensure that appropriate relief was granted. As an example where this remedy was granted in such a situation, see *Hussey v. Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286.

Of further note is Cory J.A.'s comment at p. 711 to the effect that it may be important to distinguish commercial cases from those arising in the context of the family:

> The parties lived together and worked together during a significant span of time. From the words and deeds of Roty, Charlotte Murray believed they were working towards common goals. In spite of her arduous toil and significant contributions, her efforts will benefit only Roty unless judicial intervention is warranted to protect her interest. It may well be necessary and appropriate to scrutinize closely the contributions of business partners to the acquisition of property. It is unnecessary and inappropriate to scrutinize the contributions of married couples or couples in a relationship such as this one in the same way. Instead, equity and fairness should guide the court.

Dans l'arrêt *Murray v. Roty* également, la Cour d'appel de l'Ontario a approuvé une décision de recourir à une fiducie par interprétation. La conjointe de fait avait travaillé dans la station-service de son mari pour moins que le salaire minimum, s'était occupée de tous les travaux domestiques et avait utilisé la presque totalité de son salaire à l'entretien des biens-fonds et à l'achat de vivres. Bien qu'on ait décidé qu'elle avait en fait contribué à la fois directement et indirectement à l'acquisition de biens-fonds par son mari de fait, on a conclu en outre qu'elle avait contribué à leur entretien, à leur amélioration et à l'augmentation de leur valeur (à la p. 712). De plus, comme le souligne l'appelante dans son mémoire, le juge Cory a dit, aux pp. 712 et 713:

> [TRADUCTION] Quoique cela ne soit pas strictement nécessaire en l'espèce, je dois ajouter que ce redressement ne se limite pas obligatoirement à des situations où la contribution, directe ou indirecte, a servi à l'acquisition des biens en cause. Si l'une des parties dans une union comme celle-ci contribue de façon significative à la construction d'un agrandissement ou à une rénovation, amélioration ou modernisation majeure d'un bien-fonds, il me semble qu'on pourrait avoir recours à ce redressement pour assurer une réparation appropriée. Pour un exemple d'une affaire où ce redressement a été accordé dans une telle situation, voir *Hussey v. Palmer*, [1972] 1 W.L.R. 1286.

Soulignons aussi les observations du juge Cory à la p. 711, où il dit qu'il peut être important de faire une distinction entre les affaires en matière commerciale et celles qui concernent la famille:

> [TRADUCTION] Les parties ont vécu et travaillé ensemble pendant une durée appréciable. Sur la foi des propos et des actes de Roty, Charlotte Murray a cru qu'ils visaient des buts communs. Malgré son labeur pénible et ses contributions considérables, ses efforts ne profiteront qu'à Roty, à moins que les tribunaux ne puissent intervenir pour protéger ses intérêts. Il se peut bien qu'il soit nécessaire et approprié d'examiner de près les contributions à l'acquisition de biens faites par des associés dans une entreprise commerciale. Il n'est toutefois ni nécessaire ni approprié de soumettre au même genre d'examen les contributions de couples mariés ou de couples dans une union comme celle en l'espèce. Dans ces cas, les tribunaux doivent plutôt se laisser guider par des considérations d'équité et de justice.

Lawrence v. Lindsey provides another illustration of a constructive trust being imposed in a situation where no acquisition has occurred. The parties lived in a common law relationship for approximately twenty-four years, during which time they had five children. From the commencement of the relationship, the defendant owned the house in question. The plaintiff had initially moved in to provide housekeeping services to the defendant for a sum of $15 to $20 per month. This continued for about three months at which time the plaintiff became pregnant. The Alberta Court of Queen's Bench held that the plaintiff reasonably believed she would receive an interest in the property. She had conferred a benefit on the defendant by doing all of the housekeeping and child raising labour. Although the Court found that a constructive trust could be imposed in these circumstances, her claim was denied due to her eighteen year delay in bringing the action.

These cases reveal the need to retain flexibility in applying the constructive trust. In my view, the constructive trust remedy should not be confined to cases involving property acquisition. While it is important to require that some nexus exist between the claimant's deprivation and the property in question, the link need not always take the form of a contribution to the actual acquisition of the property. A contribution relating to the preservation, maintenance or improvement of property may also suffice. What remains primary is whether or not the services rendered have a "clear proprietary relationship", to use Professor McLeod's phrase. When such a connection is present, proprietary relief may be appropriate. Such an approach will help to ensure equitable and fair relief in the myriad of familial circumstances and situations where unjust enrichment occurs. As stated in *Pettkus* at pp. 850-51: "The equitable principle on which the remedy of constructive trust rests is broad and general; its purpose is to prevent unjust enrichment in whatever circumstances it occurs."

L'affaire *Lawrence v. Lindsey* constitue encore un exemple du recours à une fiducie par interprétation dans une situation où il n'y a pas eu d'acquisition de biens. Les parties avaient vécu ensemble maritalement pendant environ vingt-quatre années, au cours desquelles elles avaient eu cinq enfants. Depuis le début de leur union, la maison en cause appartenait au défendeur. Initialement, la demanderesse était venue s'y installer pour s'occuper du ménage moyennant une rémunération de 15 à 20 $ par mois. Cela a duré jusqu'à ce que la demanderesse soit enceinte environ trois mois plus tard. La Cour du Banc de la Reine de l'Alberta a conclu que la demanderesse croyait raisonnablement qu'elle recevrait un droit sur le bien-fonds. Elle avait conféré un avantage au défendeur en s'occupant de tous les soins du ménage et de l'éducation des enfants. Quoique la cour ait conclu qu'une fiducie par interprétation pouvait être imposée dans ces circonstances, la demanderesse a été déboutée de son action parce qu'elle avait attendu dix-huit années pour l'engager.

Cette jurisprudence révèle la nécessité de souplesse dans l'application du principe de la fiducie par interprétation. Selon moi, le redressement qu'est la fiducie par interprétation ne doit pas être accordé uniquement dans les affaires où il y a eu acquisition de biens. Certes, il importe d'exiger un certain lien entre l'appauvrissement du requérant et les biens en cause, mais il n'est pas nécessaire que ce lien revête toujours la forme d'une contribution à l'acquisition comme telle des biens. Une contribution reliée à la préservation, à l'entretien ou à l'amélioration des biens peut également suffire. Il reste cependant que la question fondamentale est de savoir si les services rendus [TRADUCTION] «se rapportent clairement aux biens», pour reprendre l'expression du professeur McLeod. Lorsqu'un tel lien existe, il peut être approprié d'accorder un redressement foncier. Cette façon de procéder permettra d'assurer un redressement équitable et juste dans les nombreuses situations familiales où il y a enrichissement sans cause. Comme on l'a dit dans l'arrêt *Pettkus*, aux pp. 850 et 851: «Le principe d'*equity* sur lequel repose le recours à la fiducie par interprétation est large et général; son but est d'empêcher l'enrichissement sans cause dans toutes les circonstances où il se présente.»

In the present case, Mary Sorochan worked on the farm for forty-two years. Her labour directly and substantially contributed to the maintenance and preservation of the farm, preventing asset deterioration or divestment. There is, therefore, a "clear link" between the contribution and the disputed assets.

It is appropriate at this point to address the case of *Beard v. Beard*, [1982] 1 S.C.R. 282, affirming (1980), 35 A.R. 448 (Alta. C.A.), varying (1978), 16 A.R. 271 (Alta. S.C.) In that case, the Alberta Court of Appeal reversed the trial judge's decision to give a husband one half the increase in value of certain properties inherited by his wife just five and a half years before the dissolution of their thirty year marriage. The Court of Appeal held that the increase in value of these lands was "solely inflationary". The property had been jointly farmed by the parties. Clement J.A. concluded at p. 448, "neither the facts nor the applicable principles of law, support the finding of the learned trial judge that one-half the inflationary increment should be apportioned to Mr. Beard".

On appeal to this Court, Laskin C.J. rendered the following oral judgment:

> We do not need to hear you, Mr. Crane and Mr. Stephen. We are all of the opinion that there was no ground shown to set aside the judgment of the Alberta Court of Appeal. This appeal is accordingly dismissed with costs.

The respondent submitted that this case should be applied in the present appeal to deny Mary Sorochan any entitlement to an interest in the farm properties. I do not find this submission persuasive for three reasons.

First, I do not think the Alberta Court of Appeal's decision in *Beard* or this Court's brief oral judgment stands for the proposition that inflationary increases are never to be apportioned between spouses when the land was acquired solely by one of the spouses. In some circumstances, it will be appropriate to award the claiming spouse

En l'espèce, Mary Sorochan a travaillé à la ferme pendant quarante-deux années. Son labeur constituait une contribution directe et importante à l'entretien et à la préservation de la ferme parce que cela a permis d'éviter la dégradation ou la perte des biens. Il y a en conséquence un «lien évident» entre la contribution et les biens en cause.

Il convient à ce stade-ci de parler de l'arrêt *Beard c. Beard*, [1982] 1 R.C.S. 282, confirmant (1980), 35 A.R. 448 (C.A. Alb.), modifiant (1978), 16 A.R. 271 (C.S. Alb.) Dans cette affaire, la Cour d'appel de l'Alberta a infirmé la décision du juge de première instance de donner à un mari la moitié de l'augmentation de valeur de certains biens-fonds reçus par sa femme en héritage seulement cinq ans et demi avant la dissolution de leur mariage de trente ans. La Cour d'appel a conclu que cette augmentation de valeur était [TRADUCTION] «uniquement attribuable à l'inflation». Les biens-fonds en question étaient des terres agricoles que les parties avaient exploitées conjointement. Le juge Clement a conclu, à la p. 448, que [TRADUCTION] «ni les faits ni les principes de droit qui s'y appliquent ne justifient la conclusion du savant juge de première instance que la moitié de l'augmentation due à l'inflation revient à M. Beard».

En appel devant cette Cour, le juge en chef Laskin a rendu le jugement oral suivant:

> Il ne sera pas nécessaire de vous entendre, M[e] Crane et M[e] Stephen. Nous sommes tous d'avis qu'on n'a établi aucun motif d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta. Ce pourvoi est donc rejeté avec dépens.

L'intimé a fait valoir que cet arrêt doit s'appliquer en l'espèce pour priver Mary Sorochan de tout droit sur les terres agricoles. Pour trois raisons, j'estime que cet argument n'est pas convaincant.

En premier lieu, je ne crois pas que l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta dans l'affaire *Beard* ou le bref jugement oral de cette Cour établissent que des augmentations imputables à l'inflation ne doivent jamais être réparties entre les conjoints lorsque les terres ont été acquises uniquement par l'un d'eux. Dans certaines circonstances, il y aura lieu

an interest in the property that includes value increases due to inflation. For example, if the asset would have been sold absent the claimant's contribution, a "clear link" would exist between the deprivation and the increase in value through inflation over the time when the asset was retained. In other circumstances, it may be appropriate to discount inflationary increases from the *quantum* of relief ordered. Much will depend on the particular facts of each case. Indeed, the Alberta Court of Appeal reached its conclusion in *Beard* on the basis of both the facts of the case and principles of law.

When we look at the particular facts in *Beard*, we find a situation markedly different from the present appeal. This brings me to my second reason for rejecting the applicability of *Beard*. In *Beard*, most of the farm property was divided evenly. Unlike the case at bar, therefore, in the absence of the constructive trust remedy, the husband in *Beard* would not be left with nothing upon dissolution of the marriage.

A third reason for not applying *Beard* is the absence of any clear evidence in the present appeal regarding that part of the property value increase that can be attributed to inflation. There was no discussion of this issue in the decision either at trial or at the Court of Appeal. This is not an appropriate case, therefore, to elaborate the legal interplay between inflationary property increases and constructive trusts.

In addition to the causal connection requirement, it is often suggested that the reasonable expectation of the claimant in obtaining an actual interest in the property as opposed to monetary relief, constitutes another important consideration in determining if the constructive trust remedy is appropriate: see, for example, *Wilson v. Munro* (1983), 32 R.F.L. (2d) 235 (B.C.S.C.), McClean, *supra*, at p. 171. A reasonable expectation of benefit is part and parcel of the third pre-condition

d'accorder au conjoint requérant un droit sur le bien-fonds qui comprendra les augmentations de valeur résultant de l'inflation. Par exemple, dans l'hypothèse où le bien aurait été vendu n'eût été la contribution du requérant, un «lien évident» existerait entre l'appauvrissement et l'augmentation de valeur apportée par l'inflation pendant que le bien a pu être conservé. Dans d'autres situations, il peut convenir d'exclure du montant de la réparation accordée les augmentations attribuables à l'inflation. Cela dépendra en grande partie des faits particuliers de chaque affaire. D'ailleurs, dans l'arrêt *Beard*, la Cour d'appel de l'Alberta a fondé sa conclusion à la fois sur les faits de l'affaire et sur des principes de droit.

Quand on examine les faits particuliers de l'affaire *Beard*, on constate que la situation différait sensiblement de celle qui se présente en l'espèce. Voilà qui m'amène à la seconde raison pour laquelle je conclus que l'arrêt *Beard* n'est pas applicable. Dans l'affaire *Beard*, le gros des terres agricoles a été partagé également. Donc, à la différence de la présente instance, le mari dans l'affaire *Beard*, s'il n'y avait pas de fiducie par interprétation, ne se serait pas trouvé complètement démuni à la dissolution du mariage.

Un troisième facteur qui milite contre l'application de l'arrêt *Beard* est l'absence dans le présent pourvoi d'une preuve non équivoque quant à la partie de l'augmentation de la valeur des biens-fonds qui peut être attribuée à l'inflation. Cette question n'a été abordée ni par le juge de première instance ni par la Cour d'appel. Cela étant, il ne convient pas en l'espèce d'approfondir la question du rapport juridique entre les augmentations des valeurs immobilières imputables à l'inflation et les fiducies par interprétation.

On a souvent prétendu que, outre l'exigence d'un lien causal, l'attente raisonnable qu'a le requérant d'obtenir un droit véritable sur les biens, par opposition à un redressement pécuniaire, constitue une autre considération importante à retenir dans la détermination de l'opportunité de recourir à la fiducie par interprétation: voir, par exemple, *Wilson v. Munro* (1983), 32 R.F.L. (2d) 235 (C.S.C.-B.), McClean, précité, à la p. 171. L'attente raisonnable d'un avantage fait partie inté-

of unjust enrichment (the absence of a juristic reason for the enrichment). At this point, however, in assessing whether a constructive trust remedy is appropriate, we must direct our minds to the specific question of whether the claimant reasonably expected to receive an actual interest in property and whether the respondent was or reasonably ought to have been cognizant of that expectation. As concluded above, Mary Sorochan did have a reasonable expectation in obtaining an interest in the land and Alex Sorochan was aware of her expectation in this regard.

In assessing whether or not an *in rem* remedy is appropriate, a final consideration in this case is the longevity of the relationship. The appellant worked the farm for forty-two years of her life. In my opinion, this constitutes a further compelling factor in favour of granting proprietary relief.

Under these circumstances, I conclude that it was appropriate for the trial judge to provide relief, at least in part, by way of constructive trust.

V

The Appropriate Remedy

There remains the question of the appropriateness of the trial judge's remedial orders. After considering the equities and the circumstances of the parties, he awarded Mary Sorochan title to one third of the farm property by way of constructive trust, on the condition that she transfer title forthwith to her six children. This portion of the farm had an assessed market value of $40,000 in 1983. The total value of the farm was approximately $138,000. It appears that the trial judge's order for proprietary relief was motivated by Mary Sorochan's desire to devise an interest in the lands she had worked for forty-two years to her children. This further explains the condition stipulated by the trial judge that title be transferred forthwith to her children—a matter to which I shall return below. The trial judge allowed Alex Sorochan to retain full title to the other two-thirds of the farm, which included the home quarter. In so doing,

grante de la troisième condition qui doit être remplie pour qu'il y ait enrichissement sans cause (l'absence d'un motif juridique justifiant l'enrichissement). À ce stade-ci, toutefois, en déterminant si une fiducie par interprétation constitue un redressement approprié, nous devons nous pencher sur la question précise de savoir si le requérant s'attendait raisonnablement à recevoir un droit véritable sur les biens-fonds et si l'intimé était au courant ou devait être raisonnablement au courant de cette attente. Or, j'ai déjà conclu qu'en effet Mary Sorochan s'attendait raisonnablement a obtenir un droit sur les biens-fonds et qu'Alex Sorochan n'ignorait pas son attente.

En déterminant si un redressement *in rem* est approprié, le dernier facteur à considérer en l'espèce est la durée de la relation. L'appelante a travaillé à la ferme pendant quarante-deux années. À mon avis, cela constitue un élément de plus qui incite irrésistiblement à accorder un redressement foncier.

Dans ces circonstances, je conclus que le juge de première instance pouvait accorder un redressement qui prenait, du moins en partie, la forme d'une fiducie par interprétation.

V

La réparation appropriée

Reste la question du caractère approprié de la réparation ordonnée par le juge de première instance. Tenant compte des considérations d'équité et de la situation des parties, il a attribué à Mary Sorochan par voie de fiducie par interprétation la propriété d'un tiers des terres agricoles, à condition qu'elle en cède immédiatement le titre à ses six enfants. En 1983, cette partie de la ferme avait une valeur marchande de 40 000 $. La valeur totale de la ferme était d'environ 138 000 $. Il appert que l'ordonnance du juge de première instance accordant un redressement foncier a été motivée par le désir de Mary Sorochan de léguer à ses enfants un droit sur les terres qu'elle avait cultivées pendant quarante-deux années. Cela explique d'ailleurs la condition stipulée par le juge de première instance, savoir que le titre de propriété soit cédé immédiatement à ses enfants — point sur lequel je reviendrai plus loin. Le juge a

Alex Sorochan could continue to live on the farm and derive his income from the land.

In addition to the constructive trust remedy, the trial judge made an order for monetary relief for $20,000 (to be reduced to $15,000 if paid within six months). In my opinion, it was open to the trial judge to make this type of lump sum award. The statement of claim of Mary Sorochan had requested not only proprietary relief, but as well "such further Order that this Honourable Court may deem just".

To remedy the unjust enrichment, therefore, the trial judge relied in part on the constructive trust device and in part on a straightforward monetary award.

The *quantum* of the trial judge's award has not been challenged by either party, except in so far as the respondent contends that no remedy whatsoever should have been granted. Under these circumstances, and bearing in mind that the trial judge is much better situated to assess what is fair and just in light of the particular facts of each case, I am inclined to defer to the trial judge's ruling in all but one respect.

In my view, the trial judge erred when he made Mary Sorochan's entitlement to the land contingent on her immediate transfer of title to her children. Mary Sorochan is the one who suffered the deprivation and it is she who is entitled to the remedy—not her children. She may well decide to transfer title to the land to her children, but this will be her decision alone to make.

VI

Conclusion

I would allow the appeal, reverse the decision of the Alberta Court of Appeal and reinstate the judgment of the trial judge save that (i) the obligation permis à Alex Sorochan de garder un droit de propriété exclusif sur les deux tiers de la ferme qui restaient, qui comprenaient le quart de section où se trouvait la maison. De la sorte, Alex Sorochan pouvait continuer à vivre sur la ferme et à en tirer son revenu.

Non seulement le premier juge a-t-il imposé une fiducie par interprétation, mais il a accordé en outre un redressement pécuniaire de 20 000 $ (qui devait être réduit à 15 000 $ si le paiement s'effectuait dans un délai de six mois). À mon avis, il était loisible au juge de première instance d'attribuer un montant forfaitaire de ce genre. Dans sa déclaration, Mary Sorochan avait demandé, en plus d'un redressement foncier, [TRADUCTION] «toute autre ordonnance que cette cour peut juger équitable».

Par conséquent, pour remédier à l'enrichissement sans cause, le juge de première instance a eu recours en partie à la fiducie par interprétation et en partie à une simple indemnité pécuniaire.

Ni l'une ni l'autre partie n'a contesté le montant alloué par le premier juge, sauf en ce sens que l'intimé soutient qu'aucune réparation ne devrait être accordée. Dans ces circonstances et étant donné que le juge de première instance est beaucoup mieux placé pour déterminer ce qui est équitable et juste compte tenu des faits particuliers de chaque affaire, je suis disposé à m'en remettre à la décision du premier juge sous une seule réserve.

Selon moi, le juge de première instance a commis une erreur lorsqu'il a assujetti le droit de Mary Sorochan au bien-fonds à la condition qu'elle en cède immédiatement le titre de propriété à ses enfants. C'est Mary Sorochan qui a subi l'appauvrissement et c'est elle qui a droit au redressement—non pas ses enfants. Il se peut bien qu'elle décide de leur céder le titre de propriété afférent au bien-fonds, mais cette décision lui appartient entièrement.

VI

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta et de rétablir le jugement du juge de première instance sous

tion imposed upon Mary Sorochan to transfer title of the quarter section to her children shall be deleted; and (ii) the "one year" and "six months" periods referred to in the judgment at trial shall commence to run from the date of this judgment. The appellant is awarded costs in this Court and in the courts below.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Odishaw & Odishaw, Edmonton.

Solicitor for the respondent: Damon David Himsl, Vegreville.

les réserves suivantes: (i) que l'obligation imposée à Mary Sorochan de transférer à ses enfants le titre de propriété du quart de section soit supprimée; et (ii) que les délais d'«un an» et de «six mois» mentionnés dans le jugement de première instance commencent à courir à compter de la date du présent arrêt. Les dépens sont adjugés à l'appelante en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Odishaw & Odishaw, Edmonton.

Procureur de l'intimé: Damon David Himsl, Vegreville.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Marc Beauregard *Respondent*

INDEXED AS: BEAUREGARD *v.* CANADA

File No.: 17884.

1985: October 4; 1986: September 16.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Constitutional law — Judicial independence — Financial security of federally appointed judges — Pensions — Federal legislation requiring superior court judges to contribute to pension — Whether federal legislation plan violated s. 100 of the Constitution Act, 1867 — Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1 as amended, s. 29.1.

Civil rights — Equality before the law — Federal legislation requiring superior court judges to contribute to pension plan — Legislative distinction on the basis of the appointment date of judges — Higher contributions required from judges appointed after the date of first reading of the bill — Whether federal legislation violated s. 1(b) of the Canadian Bill of Rights — Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1 as amended, s. 29.1.

Respondent, a Quebec Superior Court judge appointed on July 24, 1975, challenged the constitutional validity of s. 29.1 of the *Judges Act*. This section was introduced in Parliament on February 17, 1975 and was enacted December 20, 1975. Section 29.1(1) provided that judges appointed before February 17, 1975 would contribute one and one-half per cent of their salary toward the cost of pensions, while s. 29.1(2) provided that judges appointed after February 16, 1975 would contribute six and one-half per cent prior to January 1, 1977, and seven per cent thereafter. Prior to the enactment of s. 29.1, superior court judges were not required to contribute to their pension plan. The Federal Court, at trial and on appeal, accepted respondent's allegation, but for different reasons, that s. 29.1 violated s. 100 of the *Constitution Act, 1867* but rejected his argument that s. 29.1 was inoperative in that it violated his right to equality before the law recognized by s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*. This appeal is to determine whether s. 29.1 of the *Judges Act* infringes (1) s. 100 of

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Marc Beauregard *Intimé*

RÉPERTORIÉ: BEAUREGARD *c.* CANADA

N° du greffe: 17884.

1985: 4 octobre; 1986: 16 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Droit constitutionnel — Indépendance de la magistrature — Sécurité financière des juges nommés par le fédéral — Pensions — Loi fédérale exigeant que les juges des cours supérieures contribuent à leur régime de pensions — La loi fédérale viole-t-elle l'art. 100 de la Loi constitutionnelle de 1867? — Loi sur les juges, S.R.C. 1970, chap. J-1 et modifications, art. 29.1.

Libertés publiques — Égalité devant la loi — Loi fédérale exigeant que les juges des cours supérieures contribuent à leur régime de pensions — Distinction dans la loi fondée sur la date de nomination des juges — Contributions plus élevées exigées des juges nommés après la date de la première lecture du projet de loi — La loi fédérale viole-t-elle l'art. 1b) de la Déclaration canadienne des droits? — Loi sur les juges, S.R.C. 1970, chap. J-1 et modifications, art. 29.1.

L'intimé, un juge de la Cour supérieure du Québec nommé le 24 juillet 1975, a contesté la constitutionnalité de l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges*. Déposé devant le Parlement le 17 février 1975, cet article a été adopté le 20 décembre 1975. Le paragraphe 29.1(1) prévoyait que les juges nommés avant le 17 février 1975 contribueraient un et demi pour cent de leur traitement au paiement du coût des pensions, tandis que le par. 29.1(2) disposait que les juges nommés après le 16 février 1975 y contribueraient, antérieurement au 1er janvier 1977, six et demi pour cent de leur traitement et sept pour cent par la suite. Avant l'adoption de l'art. 29.1, les juges des cours supérieures n'étaient pas tenus de contribuer à leur régime de pensions. En première instance et en appel, la Cour fédérale a retenu, mais pour des motifs différents, l'allégation de l'intimé que l'art. 29.1 violait l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Elle a cependant rejeté son argument selon lequel l'art. 29.1 était inopérant puisqu'il violait son droit à l'égalité devant la loi reconnu par l'al. 1*b*) de la *Déclaration*

the *Constitution Act, 1867* and (2) s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*.

Held (Beetz and McIntyre JJ. dissenting in part): The appeal should be allowed.

(1) *Section 100 of the Constitution Act, 1867*

Per curiam: The principle of judicial independence is fundamental to our Constitution. The role of our courts as resolver of disputes, interpreter of the law and defender of the Constitution, requires that they be completely separate in authority and function from all other participants in the justice system, in particular, from the executive and the legislative branches of government. One of the essential components of the principle of judicial independence is financial security. In the present case, the scheme for contributory pensions established in s. 29.1 of the *Judges Act* does not interfere with the independence of superior court judges. All s. 29.1 does is treat judges, pursuant to the constitutional obligation imposed by s. 100 of the *Constitution Act, 1867*, in accordance with standard, widely used and generally accepted pension schemes in Canada. Canadian judges are Canadian citizens and must bear their fair share of the financial burden of administering the country. Parliament's power to fix the salaries and pensions of superior court judges, however, is not unlimited. If there were any hint that a federal law dealing with these matters was enacted for an improper or colourable purpose, or if there were discriminatory treatment of judges *vis-à-vis* other citizens, then serious issues relating to judicial independence would arise and the law might well be held to be *ultra vires* of s. 100 of the *Constitution Act, 1867*. There is no suggestion of any of these considerations in the present appeal.

There is no "federalism" limitation on Parliament's capacity to change the basis of superior court judges' pensions from non-contributory to contributory. Provincial legislatures under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* have no jurisdiction with respect to these pensions. Section 100 explicitly subtracts them from provincial jurisdiction respecting the administration of justice. This section states clearly that the salaries and pensions of superior court judges shall be fixed and provided by the Parliament of Canada.

canadienne des droits. Le pourvoi vise à déterminer si l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* contrevient (1) à l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et (2) à l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*.

Arrêt (les juges Beetz et McIntyre sont dissidents en partie): Le pourvoi est accueilli.

(1) *L'article 100 de la Loi constitutionnelle de 1867*

La Cour: Le principe de l'indépendance de la magistrature est un élément fondamental de notre Constitution. Le rôle de nos tribunaux en tant qu'arbitres des litiges, interprètes du droit et défenseurs de la Constitution exige qu'ils soient complètement séparés, sur le plan des pouvoirs et des fonctions, de tous les autres participants du système judiciaire et en particulier des pouvoirs exécutif et législatif du gouvernement. La sécurité financière est une composante essentielle du principe de l'indépendance judiciaire. Dans la présente espèce, le régime de pensions avec participation des intéressés établi à l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* ne porte pas atteinte à l'indépendance des juges des cours supérieures. L'article 29.1 ne fait que traiter les juges, en vertu de l'obligation constitutionnelle imposée par l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, d'une manière conforme aux régimes de pensions normaux qui sont largement répandus et généralement acceptés au Canada. Les juges canadiens sont des citoyens canadiens et doivent assumer leur juste part du fardeau financier de l'administration du pays. Le pouvoir du Parlement de fixer les traitements et les pensions des juges des cours supérieures n'est cependant pas illimité. S'il y avait un indice qu'une loi fédérale traitant de ces questions avait été adoptée dans un but malhonnête ou spécieux, ou si les juges étaient traités d'une manière discriminatoire par rapport aux autres citoyens, de graves questions se poseraient alors concernant l'indépendance judiciaire et la loi pourrait très bien être jugée *ultra vires* de l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Ces considérations ne sont nullement proposées dans le présent pourvoi.

Il n'y a aucune restriction fondée sur le «fédéralisme» à l'égard du pouvoir du Parlement de modifier les fondements des pensions des juges des cours supérieures en les faisant passer de pensions sans participation à des pensions avec participation. Le paragraphe 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne confère aux législatures provinciales aucune compétence relativement à ces pensions. L'article 100 les soustrait explicitement au pouvoir provincial en matière d'administration de la justice. Cet article prévoit clairement que les traitements et les pensions des juges des cours supérieures doivent être fixés et payés par le Parlement du Canada.

Further, Parliament's ability to implement a widely used and accepted latter-day pension model is not constrained by the words of s. 100. The word "pensions" is not limited to the type of pensions known and in existence for the judiciary in 1867 and the word "provided" does not impose on Parliament an obligation to pay the full cost of judicial pensions.

Finally, although it might well be unconstitutional in most contexts for Parliament to direct how judges are to spend their salaries, the word "pensions" in s. 100 specifically authorizes Parliament to deal with this subject matter. In exercising that jurisdiction Parliament must legislate with respect to both the quantum and the scheme of judicial pensions. The 1975 law enacting s. 29.1 of the *Judges Act* dealt with the scheme. There can be no objection here to Parliament's action since the scheme chosen was a widely used and accepted one and since it was introduced in conjunction with a substantial increase in judicial salaries and other benefits in 1975.

Cases Cited

Referred to: *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673; *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415; *McEvoy v. Attorney General for New Brunswick*, [1983] 1 S.C.R. 704; *Judges v. Attorney-General of Saskatchewan*, [1937] 2 D.L.R. 209; *Evans v. Gore*, 253 U.S. 245 (1920); *O'Malley v. Woodrough*, 307 U.S. 277 (1939); *Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152; *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220.

(2) *Section 1(b) of the Canadian Bill of Rights*

Per Dickson C.J. and Estey and Lamer JJ.: Section 29.1 of the *Judges Act* does not violate s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*. Once it is accepted that the general substance of the law is consistent with a valid federal objective—here, to provide for remuneration of s. 96 judges—and that it is not discriminatory for Parliament to draw some line between present incumbents and future appointees, the cases under the *Canadian Bill of Rights* do not permit the courts to be overly critical in reviewing the precise line drawn by Parliament. Some line is fair and is not discriminatory. Thus, while from the respondent's perspective a line drawn on the date of passage of the bill would have been preferable, it cannot be said that the choice of the date

De plus, le pouvoir du Parlement d'appliquer un modèle de pension moderne largement utilisé et accepté n'est pas limité par le texte de l'art. 100. Le mot «pensions» ne se limite pas au genre de pensions connues pour les juges en 1867 et qui existaient à ce moment-là et le mot «payés» n'impose pas au Parlement l'obligation de payer la totalité des pensions des juges.

Finalement, même s'il pourrait bien être inconstitutionnel dans la plupart des contextes que le Parlement dicte aux juges la façon de dépenser leur traitement, le terme «pensions» à l'art. 100 autorise expressément le Parlement à traiter de cette question. En exerçant ce pouvoir, le Parlement doit légiférer en ce qui a trait à la fois au montant et au régime des pensions des juges. La loi de 1975 adoptant l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* traitait du régime. Étant donné que le régime choisi était généralement utilisé et accepté et puisqu'il a été introduit conjointement avec une augmentation sensible des traitements et des autres prestations des juges en 1975, il n'y a en l'espèce rien à reprocher à ce qu'a fait le Parlement.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673; *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415; *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704; *Judges v. Attorney-General of Saskatchewan*, [1937] 2 D.L.R. 209; *Evans v. Gore*, 253 U.S. 245 (1920); *O'Malley v. Woodrough*, 307 U.S. 277 (1939); *Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152; *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220.

(2) *L'alinéa 1b) de la Déclaration canadienne des droits*

Le juge en chef Dickson et les juges Estey et Lamer: L'article 29.1 de la *Loi sur les juges* ne viole pas l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*. Une fois que l'on a admis que l'esprit général de la loi est compatible avec un objectif fédéral régulier—en l'occurrence, pourvoir à la rémunération de juges visés par l'art. 96—et que le Parlement n'établit pas de distinction injuste en traçant une certaine ligne entre les juges qui sont actuellement en fonction et ceux qui seront nommés à l'avenir, les affaires relevant de la *Déclaration canadienne des droits* n'autorisent pas les tribunaux à être trop critiques en examinant la ligne précise tracée par le Parlement. Une certaine ligne est juste et n'est pas discriminatoire. Donc, quoique, du point de vue de l'intimé, il eût été préférable de tracer une ligne à la date de l'adoption du projet de loi, on ne saurait prétendre que le choix de la date de la première lecture comme

of first reading as the cut-off date was contrary to the *Canadian Bill of Rights*.

Per Beetz and McIntyre JJ. (dissenting): The forms of discrimination prohibited by s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* are not limited to the specifically mentioned grounds such as race, national origin, colour, religion or sex. This Court is also not bound by the Diceyan concept of equality nor is it prevented from adopting a more egalitarian approach.

A legislation passed by Parliament does not offend against the principle of equality before the law if passed in pursuance of a valid federal objective. The question which must be resolved in each case is whether an inequality that may be created by legislation affecting a special class is arbitrary, capricious or unnecessary, or whether it is rationally based and acceptable as a necessary variation from the general principle of the universal application of law to meet special conditions and to attain a necessary and desirable social objective. Where variation from the principle of universal application of the law is justified, the principle cannot be tampered with to a degree or to an extent which goes beyond what is necessary to reach a desirable social objective. This test, including its element of proportionality, clearly extends to the manner or means chosen to achieve a valid federal objective, particularly where this manner or these means introduce the very inequality complained of. This manner or these means must then be carefully scrutinized by the courts and they must be struck down whenever they do not meet the test.

In the case at bar, s. 29.1(2) of the *Judges Act* is inconsistent with s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*. The policy decision reflected in s. 29.1 of the *Judges Act* is that judges' pension plans should be on a contributory basis in order to reduce the financial burden on future taxpayers. Parliament chose to phase in the contributory requirement, by requiring contributions at the higher rate only from newly appointed judges so that, through the attrition of senior appointees as a result of death or resignation, the whole body of the judiciary would eventually participate in the contributory scheme. However, in choosing the date of first reading of the bill as the cut-off date to implement the phasing-in feature of the federal legislation, the new measure "grandfathered" certain incumbent superior court judges, but did not "grandfather" them all. A small minority of them—those appointed after February 16, 1975 but before December 20, 1975—were not grandfathered. Applying the test to s. 29.1, it cannot be said that the distinction between incumbent judges, which resulted from the

date limite était contraire à la *Déclaration canadienne des droits*.

Les juges Beetz et McIntyre (dissidents): L'alinéa 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits* n'interdit pas que les types de discrimination fondés sur un motif expressément mentionné, tel que la race, l'origine nationale, la couleur, la religion ou le sexe. De plus, la Cour n'est pas liée par le concept d'égalité énoncé par Dicey et rien ne l'empêche d'adopter un point de vue plus égalitaire.

Une loi adoptée par le Parlement ne contrevient pas au principe de l'égalité devant la loi si elle est adoptée dans la recherche d'un objectif fédéral régulier. La question à résoudre dans chaque cas est celle de savoir si l'inégalité qui peut être créée par la loi vis-à-vis d'une catégorie particulière est arbitraire, fantaisiste ou superflue, ou si elle a un fondement rationnel et acceptable en tant que dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi pour faire face à des conditions particulières et atteindre un objectif social nécessaire et souhaitable. Lorsque la dérogation au principe de l'application universelle de la loi est justifiée, on ne peut déroger au principe plus que ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif social souhaitable. Ce critère, y compris son élément de proportionnalité, vise clairement la manière ou les moyens choisis pour atteindre un objectif fédéral régulier, particulièrement lorsque cette manière ou ces moyens introduisent l'inégalité même dont on se plaint. Cette manière ou ces moyens doivent alors être examinés soigneusement par les tribunaux et ils doivent être écartés lorsqu'ils ne satisfont pas au critère.

En l'espèce, le par. 29.1(2) de la *Loi sur les juges* est incompatible avec l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*. La décision de principe qui ressort de l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* porte que les régimes de pensions des juges devraient être des régimes avec participation de manière à réduire le fardeau financier des futurs contribuables. Le Parlement a choisi d'introduire l'exigence de la participation, en demandant seulement aux juges nouvellement nommés de contribuer au taux plus élevé de manière que, par suite du décès ou de la démission des juges exempts, l'ensemble de la magistrature participe éventuellement au régime de retraite avec contribution. Toutefois, par le choix de la date de la première lecture du projet de loi comme date limite pour procéder à l'introduction progressive de la mesure législative fédérale, celle-ci préservait le statu quo à l'égard de certains juges des cours supérieures déjà en fonction, mais ne le faisait pas pour tous. Dans le cas d'une faible minorité de juges—ceux nommés après le 16 février 1975 mais avant le 20 décembre 1975—on ne préservait

selection of the date of first reading as the cut-off point, was necessary to achieve the federal objective. No rational motives were advanced or appear to exist for the selection of that date as the cut-off point which, with its discriminatory effect, is entirely arbitrary and capricious.

Cases Cited

By the majority

Referred to: *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; *Attorney General of Canada v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170; *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693; *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183.

By the minority

By the minority

MacKay v. The Queen, [1980] 2 S.C.R. 370; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121; *Attorney General of Canada v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170; *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376; *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183.

Statutes and Regulations Cited

Act of Settlement, 1700 (Engl.), 12 & 13 Will. 3, c. 2.
Act to amend the Judges Act and certain other Acts or related purposes and in respect of the reconstitution of the Supreme Courts of Newfoundland and Prince Edward Island, S.C. 1974-75-76, c. 48.
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(*b*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Constitution Act, 1867, preamble, ss. 55, 91(8), (27), 92(14), 96, 99, 100, 129.
Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1, s. 29.1 [en. S.C. 1974-75-76, c. 81, s. 100].
Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 81, s. 100.
Supplementary Retirement Benefits Act, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 43 as amended.

Authors Cited

Lane, Lord. "Judicial Independence and the Increasing Executive Role in Judicial Administration". In *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Edited

pas le statu quo. Si l'on applique le critère à l'art. 29.1, on ne peut pas dire que la distinction entre les juges en fonction, résultant du choix de la date de la première lecture comme date limite, était nécessaire pour atteindre l'objectif fédéral. Aucun motif rationnel n'a été présenté ou ne semble exister pour le choix de cette date comme date limite, laquelle, avec ses effets discriminatoires, est entièrement arbitraire et fantaisiste.

Jurisprudence

Citée par la majorité

Arrêts mentionnés: *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *Procureur général du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170; *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183.

Citée par la minorité

MacKay c. La Reine, [1980] 2 R.C.S. 370; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121; *Procureur général du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170; *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183.

Lois et règlements cités

Act of Settlement, 1700 (Engl.), 12 & 13 Will. 3, chap. 2.
Charte canadienne des droits et libertés.
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1*b*).
Loi constitutionnelle de 1867, préambule, art. 55, 91(8), (27), 92(14), 96, 99, 100, 129.
Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite), S.C. 1974-75-76, chap. 81, art. 100.
Loi modifiant la Loi sur les juges, et certaines autres lois connexes par suite de la réorganisation de la Cour suprême de Terre-Neuve et de l'Île-du-Prince-Édouard, S.C. 1974-75-76, chap. 48.
Loi sur les juges, S.R.C. 1970, chap. J-1, art. 29.1 [adj. S.C. 1974-75-76, chap. 81, art. 100].
Loi sur les prestations de retraite supplémentaires, S.R.C. 1970 (1er Supp.), chap. 43 et modifications.

Doctrine citée

Lane, Lord. «Judicial Independence and the Increasing Executive Role in Judicial Administration». In *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Edited

by Shimon Shetreet and Jules Deschênes. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 525-528.

Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769, 1139.

Shetreet, Shimon. "The Emerging Transnational Jurisprudence on Judicial Independence: The IBA Standards and Montreal Declaration". In *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Edited by Shimon Shetreet and Jules Deschênes. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 393-402.

Tarnopolsky, Walter S. *The Canadian Bill of Rights*. 2nd ed., Toronto: McClelland and Stewart Ltd., 1975.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1984] 1 F.C. 1010, 148 D.L.R. (3d) 205, 48 N.R. 252, dismissing appellant's appeal and respondent cross-appeal from a judgment of the Trial Division, [1981] 2 F.C. 543, 130 D.L.R. (3d) 433. Appeal allowed, Beetz and McIntyre JJ. dissenting in part.

W. I. C. Binnie, Q.C., and *D. M. Low*, for the appellant.

David W. Scott, Q.C., and *Carole Brown*, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Estey and Lamer JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal concerns the financial position and security of federally appointed judges. Relatively narrow amendments by Parliament to a federal law relating to pension benefits for judges, and pensions for their dependants, gave rise to the case. The legal issues which must be addressed are, however, quite broad. They involve careful consideration of at least three important relationships—the federal Parliament and the judiciary, the executive branch of the federal government and the judiciary, and the federal government and provincial governments. Moreover, it is crucial to the resolution of this appeal to develop a proper understanding and application of the fundamental constitutional principle of judicial independence.

by Shimon Shetreet and Jules Deschênes. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 525-528.

Lederman, W. R. «The Independence of the Judiciary» (1956), 34 *R. du B. can.* 769, 1139.

Shetreet, Shimon. «The Emerging Transnational Jurisprudence on Judicial Independence: The IBA Standards and Montreal Declaration». In *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Edited by Shimon Shetreet and Jules Deschênes. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 393-402.

Tarnopolsky, Walter S. *The Canadian Bill of Rights*. 2nd ed., Toronto: McClelland and Stewart Ltd., 1975.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1984] 1 C.F. 1010, 148 D.L.R. (3d) 205, 48 N.R. 252, qui a rejeté l'appel de l'appelante et l'appel incident de l'intimé d'une décision de la Division de première instance, [1981] 2 C.F. 543, 130 D.L.R. (3d) 433. Pourvoi accueilli, les juges Beetz et McIntyre sont dissidents en partie.

W. I. C. Binnie, c.r., et *D. M. Low*, pour l'appelante.

David W. Scott, c.r., et *Carole Brown*, pour l'intimé.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Estey et Lamer rendu par

LE JUGE EN CHEF—Le présent pourvoi porte sur la situation et la sécurité financières des juges nommés par le gouvernement fédéral. Le litige résulte de modifications relativement mineures apportées par le Parlement à une loi fédérale portant sur les prestations de retraite pour les juges et sur les pensions pour les personnes à leur charge. Toutefois, les questions de droit qui doivent être examinées sont très vastes. Elles exigent une étude attentive d'au moins trois genres de relations importantes — savoir celles qui existent respectivement entre le Parlement fédéral et la magistrature, entre le pouvoir exécutif du gouvernement fédéral et la magistrature, et enfin entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux. En outre, il est très important pour régler le présent pourvoi d'élaborer une interprétation et une application appropriées du principe constitutionnel fondamental de l'indépendance judiciaire.

I

Facts

The law attacked in this appeal, the *Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 81, came into force on December 20, 1975. But the events relevant to the appeal started a year and a day earlier, and there are other important dates in the chronology.

On December 19, 1974 the federal Government introduced a bill to amend the *Judges Act*, R.S.C. 1970, c. J-1. At that time the *Judges Act* provided provincial superior court judges with salaries of $38,000, pensions* after retirement, and pensions for surviving spouses and children of deceased judges. Judges were not required to pay for, or contribute toward, the costs of these pensions. The bill introduced by the Government on December 19, 1974 dealt with only the first and third components of the regime then in existence. The bill made provision for a 39 per cent increase in the salaries of superior court judges and a 50 per cent increase in the pensions for their surviving spouses and children. But further changes were foreshadowed; on the date the bill was introduced the federal Minister of Justice wrote to all federally appointed judges, stating in part:

However, these improvements were achieved in the context of a comprehensive review of federal policies in relation to pensions which has just recently been concluded. As a result, it may become necessary at some future time to ask judges now in office to make a modest

* In the English version of the *Judges Act*, ss. 23-29 are found under the heading «Annuities» and the benefits to judges, spouses and children provided in these sections are referred to as 'annuities'. The heading at the start of the French version of these sections is *Pensions* and the word *pension* is used throughout the sections. In this judgment I have used the word 'pension' because I think it corresponds more closely to the ordinary understanding of the benefits being considered. Furthermore, s. 100 of the *Constitution Act, 1867*, which is the pivotal constitutional provision in this appeal, uses the word 'Pensions'; in the interests of consistency and ease of understanding I will use it to describe the benefits conferred by the *Judges Act* and in issue in this appeal.

I

Les faits

La loi contestée dans le présent pourvoi, savoir la *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)*, S.C. 1974-75-76, chap. 81, est entrée en vigueur le 20 décembre 1975. Toutefois, les événements pertinents ont commencé un an et un jour plus tôt et leur succession comporte d'autres dates importantes.

Le 19 décembre 1974, le gouvernement fédéral a déposé un projet de loi visant à modifier la *Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, chap. J-1. À cette époque, la *Loi sur les juges* accordait aux juges des cours supérieures des provinces des traitements de 38 000 $, des pensions* de retraite et des pensions pour les conjoints survivants et les enfants de juges décédés. Les juges n'étaient pas obligés de contribuer aux coûts de ces pensions. Le projet de loi déposé par le gouvernement le 19 décembre 1974 ne visait que les première et troisième composantes du régime alors en existence. Le projet de loi prévoyait une augmentation de 39 pour cent du traitement des juges des cours supérieures et une augmentation de 50 pour cent des pensions de leurs conjoints survivants et de leurs enfants. Toutefois, d'autres modifications étaient annoncées; à la date où le projet de loi a été déposé, le ministre fédéral de la Justice a écrit une lettre à tous les juges nommés par le gouvernement fédéral, dans laquelle il affirme notamment:

[TRADUCTION] Toutefois, ces améliorations ont été apportées dans le cadre de la révision globale des politiques fédérales en matière de pensions que l'on vient tout juste de terminer. En conséquence, il est possible que l'on doive dans l'avenir demander aux juges qui exercent

* Dans la version anglaise de la *Loi sur les juges*, les art. 23 à 29 se trouvent sous la rubrique *Annuities* et les prestations à l'intention des juges, conjoints et enfants que prévoient ces articles sont désignées comme des *annuities*. La rubrique qui se trouve au début de la version française de ces articles est «Pensions» et le terme «pension» est utilisé dans tous ces articles. Dans le présent jugement, j'ai utilisé le terme «pension» parce que je crois qu'il correspond mieux à la conception ordinaire qu'on a des prestations qui sont examinées. En outre, l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui est la disposition constitutionnelle centrale dans le présent pourvoi, utilise le terme «pensions»; pour des motifs d'uniformité et de facilité de compréhension, je l'utiliserai pour décrire les prestations que confère la *Loi sur les juges* et qui sont en cause dans le présent pourvoi.

contribution towards the cost of the improved pensions for widows, and to ask persons who are in the future appointed to judicial office to contribute in some measure to pension benefit costs.

On February 17, 1975 the judicial contribution to pension costs, signalled in the Minister's letter, was initiated. On that date the *Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975* was introduced. It provided that judges appointed before February 17, 1975 would contribute 1.5 per cent of salary toward the cost of pensions (this was intended to be a contribution toward improved pensions for the spouses and children of judges), and judges appointed after that date would contribute 6 per cent of salary toward the cost of pensions plus ½ per cent, rising later to 1 per cent, toward indexing them to keep pace with inflation. The relevant portion of this amendment, which became s. 29.1 of the *Judges Act*, reads:

29.1(1) Every judge appointed before the 17th day of February, 1975 to hold office as a judge of a superior or county court shall, by reservation from his salary under this Act, contribute to the Consolidated Revenue Fund one and one-half per cent of his salary.

(2) Every judge appointed after the 16th day of February, 1975 to hold office as a judge of a superior or county court, to whom subsection (1) does not apply, shall, by reservation from his salary under this Act,

(*a*) contribute to the Consolidated Revenue Fund an amount equal to six per cent of his salary; and

(*b*) contribute to the Supplementary Retirement Benefits Account established in the accounts of Canada pursuant to the *Supplementary Retirement Benefits Act*,

(i) prior to 1977, an amount equal to one-half of one per cent of his salary, and

(ii) commencing with the month of January 1977, an amount equal to one per cent of his salary.

The next relevant date is July 4, 1975. On that date the bill amending the *Judges Act* to increase salaries by 39 per cent and pensions to surviving spouses and children by 50 per cent became law.

actuellement leur fonction de participer modestement à l'amélioration du régime de pensions pour les conjoints survivants, et aux personnes qui seront à l'avenir nommées à des postes de juge, de contribuer dans une certaine mesure aux coûts du régime de prestations de retraite.

Le 17 février 1975, la contribution des juges aux coûts des pensions, qui avait été mentionnée dans la lettre du Ministre, a été instaurée. La *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)* a été présentée à cette date. Elle prévoyait que les juges nommés avant le 17 février 1975 verseraient une contribution égale à 1,5 pour cent de leur traitement pour les pensions (ce devait être là une participation à l'amélioration des pensions pour les conjoints et les enfants des juges), et que les juges nommés après cette date verseraient une contribution égale à 6 pour cent de leur traitement pour les pensions, plus un demi pour cent qui augmenterait par la suite à 1 pour cent de manière à les indexer en fonction de l'indice d'inflation. La partie pertinente de cette modification, qui est devenue l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* prévoit:

29.1 (1) Les juges nommés avant le 17 février 1975 à une cour supérieure ou de comté versent au Fonds du revenu consolidé une contribution égale à un et demi pour cent de leur traitement, faite sous forme de retenue.

(2) Les juges nommés après le 16 février 1975 à une cour supérieure ou de comté versent, sous forme de retenue,

a) au Fonds du revenu consolidé une contribution égale à six pour cent de leur traitement; et

b) au Compte de prestations de retraite supplémentaires, établi dans les Comptes du Canada conformément à la *Loi sur les prestations de retraite supplémentaires*, une contribution égale

(i) à un demi de un pour cent de leur traitement, avant 1977, et

(ii) à un pour cent de leur traitement, à compter de 1977.

La date suivante qui nous intéresse est le 4 juillet 1975. À cette date, le projet de loi modifiant la *Loi sur les juges* visant à augmenter les traitements de 39 pour cent et les pensions aux conjoints survivants et aux enfants de 50 pour cent est devenu loi.

On July 24, 1975 the respondent, Marc Beauregard, was appointed a judge of the Superior Court of Quebec. The financial arrangements for a superior court judge in Quebec on that date were a salary of $53,000 (an increase of 39 per cent from the salary in effect just three weeks before), entitlement to a non-contributory retirement pension and a pension, in certain circumstances, for his widow and children. When the respondent assumed his position on July 24, 1975 the *Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975* had not been enacted. It was still before Parliament and had been before Parliament since the previous February. The respondent contended, however, and the Crown conceded, that he did not know of its existence when he accepted his judicial appointment. In other words, on July 24, 1975 the 'salary and increased benefits' component of the proposed amendments to the *Judges Act* was in place but the negative aspect of the package (from the perspective of the respondent and, presumably, other superior court judges) was not.

The contributory requirement of the pension scheme became effective on the last relevant date in the chronology, December 20, 1975. On that date the amendments introduced on February 17, 1975 were enacted. Although the respondent's salary remained at $53,000, as a consequence of the amendments he was required to contribute 6½ per cent of his total salary to his pension plan until 1977 and 7 per cent thereafter.

The respondent, as plaintiff, challenged the constitutionality of the new s. 29.1 of the *Judges Act*. His challenge was two-pronged. First, he alleged that s. 29.1 violated s. 100 of the *Constitution Act, 1867* which provides:

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.

Le 24 juillet 1975, l'intimé, Marc Beauregard, a été nommé juge de la Cour supérieure du Québec. Les conditions pécuniaires liées au poste de juge d'une cour supérieure au Québec à cette date comportaient un traitement de 53 000 $ (une augmentation de 39 pour cent par rapport au traitement en vigueur juste trois semaines auparavant), le droit à une pension de retraite sans participation et à une pension, sous réserve de certaines conditions, pour son épouse et ses enfants à son décès. Lorsque l'intimé est entré en fonction le 24 juillet 1975, la *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)* n'avait pas été adoptée. Elle était toujours devant le Parlement, et ce, depuis le mois de février précédent. Toutefois, l'intimé a soutenu, ce qui a été reconnu par le ministère public, qu'il n'en connaissait pas l'existence lorsqu'il a accepté sa nomination comme juge. En d'autres termes, le 24 juillet 1975 la composante «rémunération et augmentation de prestations» du projet de modification de la *Loi sur les juges* était en place, mais l'aspect négatif du programme (du point de vue de l'intimé et, présumément, d'autres juges de cours supérieures) ne l'était pas.

L'exigence en matière de participation au régime de pensions est entrée en vigueur à la dernière date pertinente de la suite des événements, savoir le 20 décembre 1975. À cette date, les modifications présentées le 17 février 1975 ont été adoptées. Bien que son traitement soit demeuré à 53 000 $, l'intimé s'est vu, à la suite de ces modifications, obligé de contribuer 6,5 pour cent de sa rémunération totale à son régime de retraite jusqu'en 1977 et 7 pour cent par la suite.

L'intimé, en tant que demandeur, a contesté la constitutionnalité du nouvel art. 29.1 de la *Loi sur les juges*. Sa contestation comportait deux volets. Premièrement, il a allégué que l'art. 29.1 violait l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui prévoit:

100. Les salaires, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de comté (sauf les cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick) et des cours de l'Amirauté, lorsque les juges de ces dernières sont alors salariés, seront fixés et payés par le parlement du Canada.

Secondly, the respondent contended that the words "before the 17th day of February, 1975" in s. 29.1(1) of the *Judges Act* and the whole of s. 29.1(2) were inoperative because they violated his right to equality before the law recognized by s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* which provides:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely

. . .

(*b*) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

II

Judgments

Federal Court, Trial Division

In his judgment, reported at [1981] 2 F.C. 543, Addy J. held that s. 29.1(2) of the *Judges Act* was *ultra vires* in so far as it applied to the respondent. He said that the effect of this provision was to reduce the salaries of incumbent judges and that this was unconstitutional for two reasons: first, because it intruded into provincial jurisdiction under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* with respect to the 'administration of justice' (i.e. reductions in salary for superior court judges would require a constitutional amendment in which both the federal and provincial governments would participate); and secondly, because non-reduction of the salaries of incumbent judges is a fundamental principle of constitutional law which Canada inherited from the United Kingdom.

Addy J. dismissed the respondent's argument based on s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*. He said that that provision was not concerned with issues relating to the "mere quantum of remuneration for services rendered". Additionally, following the language of McIntyre J. of this Court in *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370 at p. 406, he held that the requirement of making contributions for pension and survivor benefits was not

Deuxièmement, l'intimé a soutenu que les termes «avant le 17 février 1975», que l'on trouve au par. 29.1(1) de la *Loi sur les juges*, et l'ensemble du par. 29.1(2) étaient inopérants parce qu'ils violaient le droit à l'égalité devant la loi que lui reconnaît l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits* qui prévoit:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

. . .

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

II

Les jugements

Cour fédérale, Division de première instance

Dans son jugement, publié à [1981] 2 C.F. 543, le juge Addy a conclu que le par. 29.1(2) de la *Loi sur les juges* était *ultra vires* dans la mesure où il s'appliquait à l'intimé. Il a dit que cette disposition avait pour effet de réduire le traitement des juges qui étaient en fonction et que cela était inconstitutionnel pour deux motifs: premièrement parce que cela empiétait sur la compétence que confère aux provinces le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* en ce qui a trait à «l'administration de la justice» (c'est-à-dire que les réductions du traitement des juges des cours supérieures exigeraient une modification constitutionnelle à laquelle devraient participer à la fois les gouvernements fédéral et provinciaux); et deuxièmement parce que la non-réduction du traitement des juges en fonction est un principe fondamental de droit constitutionnel que le Canada a hérité du Royaume-Uni.

Le juge Addy a rejeté l'argument de l'intimé fondé sur l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*. Il a dit que cette disposition ne visait pas les questions portant sur le «simple quantum de rémunération pour services rendus». De plus, reprenant les termes utilisés par le juge McIntyre de cette Cour dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, à la p. 406, il a conclu que l'exigence de verser des contributions pour les

"arbitrary, capricious or unnecessary" and therefore did not constitute a denial of equality before the law.

Federal Court of Appeal

The majority of the Federal Court of Appeal, in a decision reported at [1984] 1 F.C. 1010, agreed with the conclusion of Addy J. but disagreed with his reasoning (and with the reasoning of each other).

Thurlow C.J. held that Parliament had the power under s. 100 of the *Constitution Act, 1867* to fix the salaries of superior court judges. He further held that the power to fix salaries included the power to reduce them and that this reduction could be achieved by federal statute and did not require constitutional amendment. Thurlow C.J. concluded, however, that s. 100 of the *Constitution Act, 1867* does not give Parliament the power to dictate how judges use their salaries. Both parts of s. 29.1 of the *Judges Act* impermissibly do this by compulsorily taking from judges part of their salaries to help pay for their pension and survivor benefits.

Heald J. concluded that the clear wording of s. 100 of the *Constitution Act, 1867* meant that Parliament had to pay the total cost of the pensions of superior court judges. It followed that s. 29.1(2) of the *Judges Act* was *ultra vires* because it compelled a contribution to the pensions of judges by the judges themselves. Section 29.1(1) of the *Judges Act*, however, was *intra vires* because it was dedicated exclusively to the cost of the improved pensions for widowed spouses and other dependants of judges.

Pratte J. dissented. He held that the words "fixed and provided" in s. 100 of the *Constitution Act, 1867* gave Parliament a plenary power with respect to the salaries of superior court judges. This included the power to change them.

pensions et les prestations des survivants n'était pas «arbitraire, fantaisiste ou superflue» et, par conséquent, ne constituait pas un déni de l'égalité devant la loi.

Cour d'appel fédérale

La Cour d'appel fédérale à la majorité, dans un arrêt publié à [1984] 1 C.F. 1010, s'est dite d'accord avec la conclusion du juge Addy mais non avec son raisonnement (chacun des juges formant la majorité ayant formulé son propre raisonnement).

Le juge en chef Thurlow a conclu que le Parlement avait, en vertu de l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, le pouvoir de fixer les traitements des juges des cours supérieures. Il a en outre conclu que le pouvoir de fixer les traitements comprenait le pouvoir de les réduire et que cette réduction pouvait être accomplie au moyen d'une loi fédérale et n'exigeait pas une modification constitutionnelle. Toutefois, le juge en chef Thurlow a conclu que l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne donne pas au Parlement le pouvoir de dicter aux juges comment ils doivent utiliser leur traitement. Les deux parties de l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* le font d'une manière inadmissible en retenant obligatoirement une partie du traitement des juges pour aider à payer une partie de leurs pensions et des prestations des survivants.

Le juge Heald a conclu que le texte clair de l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* a pour but d'obliger le Parlement à payer la totalité des pensions des juges des cours supérieures. Il s'ensuit que le par. 29.1(2) de la *Loi sur les juges* est *ultra vires* parce qu'il oblige les juges à contribuer eux-mêmes à leurs propres pensions. Toutefois, le par. 29.1(1) de la *Loi sur les juges* est *intra vires* parce qu'il est consacré exclusivement au coût de l'amélioration des pensions destinées aux conjoints et autres personnes à charge des juges décédés.

Le juge Pratte a exprimé une dissidence. Il a conclu que les mots «fixés et payés» employés à l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* confèrent au Parlement un pouvoir absolu en ce qui a trait aux traitements des juges des cours supérieures. Cela comprenait le pouvoir de les modifier.

Although the three justices of the Federal Court of Appeal disagreed sharply on the interpretation of s. 100 of the *Constitution Act, 1867* and its application to s. 29.1 of the *Judges Act* they were in agreement, both amongst themselves and with Addy J., that the respondent's argument based on s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* failed.

In summary, the respondent's *Canadian Bill of Rights* attack on s. 29.1 of the *Judges Act* failed in both the Federal Court, Trial Division and the Federal Court of Appeal. He was, however, successful in both courts in his argument based on s. 100 of the *Constitution Act, 1867*. Addy J. held that s. 100 prevented Parliament from reducing the compensation paid to incumbent judges. The majority of the Court of Appeal held that it would be unconstitutional for Parliament to require any superior court judge to contribute to his or her pension plan.

III

Issues

Although there are a myriad of legal issues to be addressed, they are all subsumed in the two constitutional questions stated by this Court on March 22, 1984:

1. Is section 29.1 of the *Judges Act*, as amended by s. 100 of the *Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 81, inconsistent with s. 100 of the *Constitution Act, 1867* and, therefore, in whole or in part, *ultra vires* the Parliament of Canada?

2. Is section 29.1 of the *Judges Act* as amended by s. 100 of the *Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 81, inconsistent with s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* and to the extent of the inconsistency is it of no force or effect?

IV

Section 100 of the *Constitution Act, 1867* and s. 29.1 of the *Judges Act*

For convenience of reference I set out again s. 100 of the *Constitution Act, 1867*:

Bien que les trois juges de la Cour d'appel fédérale aient été nettement en désaccord quant à l'interprétation de l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et à son application à l'égard de l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges*, ils ont été d'accord, à la fois entre eux et avec le juge Addy, pour dire que l'argument de l'intimé fondé sur l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits* devait échouer.

En résumé, l'intimé a échoué tant devant la Division de première instance de la Cour fédérale que devant la Cour d'appel fédérale dans sa contestation de l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges*, fondée sur la *Déclaration canadienne des droits*. Toutefois, il a eu gain de cause devant ces deux cours quant à son argument fondé sur l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le juge Addy a conclu que l'art. 100 interdit au Parlement de réduire la rémunération versée aux juges en fonction. La Cour d'appel à la majorité a statué qu'il serait inconstitutionnel pour le Parlement d'exiger que tout juge d'une cour supérieure contribue à son régime de retraite.

III

Les questions en litige

Bien qu'un grand nombre de questions juridiques doivent être tranchées, elles sont toutes subsumées dans les deux questions constitutionnelles formulées par cette Cour le 22 mars 1984:

1. L'article 29.1 de la *Loi sur les juges*, telle que modifiée par l'art. 100 de la *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)*, S.C. 1974-75-76, chap. 81, est-il incompatible avec l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, par conséquent, en totalité ou en partie *ultra vires* du Parlement du Canada?

2. L'article 29.1 de la *Loi sur les juges*, telle que modifiée par l'art. 100 de la *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)*, S.C. 1974-75-76, chap. 81, est-il incompatible avec l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits* et inopérant dans la mesure de cette incompatibilité?

IV

L'article 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges*

Afin de faciliter le renvoi, je cite de nouveau l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*:

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.

100. Les salaires, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de comté (sauf les cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick) et des cours de l'Amirauté, lorsque les juges de ces dernières sont alors salariés, seront fixés et payés par le parlement du Canada.

In the context of this appeal, it seems to me that three introductory points can be made about this provision. First, it deals explicitly with both judicial salaries and pensions. Secondly, it stands as a constitutional affirmation that superior, district and county court judges will receive at least some salary and pension benefits. Thirdly, it assigns the responsibility, in both a federalism sense and a separation of powers sense, for providing judicial salaries and pensions. In the federalism sense, the assignment is to Parliament, not the provincial governments. In the separation of powers sense, the assignment is to the federal legislative branch, Parliament, not to any component of the executive branch.

Dans le contexte du présent pourvoi, il me semble qu'on peut souligner trois points en guise d'introduction au sujet de cette disposition. Premièrement, elle traite de manière explicite des salaires et des pensions des juges. Deuxièmement, elle constitue une affirmation constitutionnelle que les juges des cours supérieures, de district et de comté recevront au moins un certain salaire et des prestations de retraite. Troisièmement, elle attribue la responsabilité, tant dans le sens du fédéralisme et que dans celui de la séparation des pouvoirs, d'assurer les traitements et les pensions des juges. Dans le sens du fédéralisme, cette responsabilité incombe au Parlement et non aux gouvernements provinciaux. Dans le sens de la séparation des pouvoirs, elle incombe au pouvoir législatif fédéral, le Parlement, et non à une composante du pouvoir exécutif.

The respondent makes three distinct arguments about the relationship between s. 100 of the *Constitution Act, 1867* and s. 29.1 of the *Judges Act*. These arguments correspond quite closely to the different bases for decision in the judgments of Addy J. at trial and Thurlow C.J. and Heald J. on appeal. They include:

L'intimé soumet trois arguments distincts au sujet du rapport qui existe entre l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges*. Ces arguments correspondent de très près aux différents fondements sur lesquels s'appuient les jugements du juge Addy en première instance et du juge en chef Thurlow et du juge Heald en appel. Ce sont les suivants:

(1) Under the Constitution, Parliament could not, on December 20, 1975, diminish, reduce or impair the established benefits of the respondent.

(2) Section 100 of the *Constitution Act, 1867* requires Parliament to provide to superior court judges non-contributory retirement pensions.

(3) Section 100 does not authorize Parliament to compel superior court judges to contribute to a fund through deductions from their salaries.

(1) En vertu de la Constitution, le Parlement ne pouvait pas, le 20 décembre 1975, diminuer, réduire ou modifier les prestations établies de l'intimé.

(2) L'article 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* exige que le Parlement verse aux juges des cours supérieures des pensions de retraite sans participation des intéressés.

(3) L'article 100 n'autorise pas le Parlement à obliger les juges des cours supérieures à verser dans un fonds des contributions faites sous forme de retenues.

Although different points are made under each of these arguments, there is a common thread running through all three. This common thread is the principle of judicial independence. The respondent contends that judicial independence is an important principle of Canadian constitutional law which must be interpreted to invalidate the legislation under review. Before assessing the merits of the specific arguments above, it is important to examine the principle of judicial independence.

V

Judicial Independence

1. *General Considerations*

Historically, the generally accepted core of the principle of judicial independence has been the complete liberty of individual judges to hear and decide the cases that come before them: no outsider—be it government, pressure group, individual or even another judge—should interfere in fact, or attempt to interfere, with the way in which a judge conducts his or her case and makes his or her decision. This core continues to be central to the principle of judicial independence. Nevertheless, it is not the entire content of the principle.

Of recent years the general understanding of the principle of judicial independence has grown and been transformed to respond to the modern needs and problems of free and democratic societies. The ability of individual judges to make decisions in discrete cases free from external interference or influence continues, of course, to be an important and necessary component of the principle. Today, however, the principle is far broader. In the words of a leading academic authority on judicial independence, Professor Shimon Shetreet: "The judiciary has developed from a dispute-resolution mechanism, to a significant social institution with an important constitutional role which participates along with other institutions in shaping the life of its community" ("The Emerging Transnational Jurisprudence on Judicial Independence: The IBA Standards and Montreal Declaration", in S. She-

Bien que ces trois arguments soulèvent différents points, ils sont reliés par un trait commun. Ce trait commun est le principe de l'indépendance judiciaire. L'intimé soutient que l'indépendance judiciaire constitue un principe important du droit constitutionnel canadien qui doit être interprété de manière à invalider la mesure législative faisant l'objet de l'examen. Avant d'évaluer le bien-fondé de chacun des arguments mentionnés ci-dessus, il importe d'examiner le principe de l'indépendance judiciaire.

V

L'indépendance judiciaire

1. *Considérations d'ordre général*

Historiquement, ce qui a généralement été accepté comme l'essentiel du principe de l'indépendance judiciaire a été la liberté complète des juges pris individuellement d'instruire et de juger les affaires qui leur sont soumises: personne de l'extérieur—que ce soit un gouvernement, un groupe de pression, un particulier ou même un autre juge—ne doit intervenir en fait, ou tenter d'intervenir, dans la façon dont un juge mène l'affaire et rend sa décision. Cet élément essentiel continue d'être au centre du principe de l'indépendance judiciaire. Néanmoins, ce n'est pas là tout le contenu du principe.

Ces dernières années, la conception générale du principe de l'indépendance judiciaire a évolué et s'est transformée de manière à répondre aux besoins et aux problèmes modernes des sociétés libres et démocratiques. La possibilité pour les juges pris individuellement de rendre des décisions dans des affaires distinctes en étant libres de toute intervention ou influence de l'extérieur continue évidemment d'être une composante importante et nécessaire du principe qui, de nos jours, est cependant beaucoup plus large. Selon les termes d'un des auteurs les plus importants en matière d'indépendance judiciaire, le professeur Shimon Shetreet: [TRADUCTION] «Le système judiciaire est passé d'un mécanisme de règlement des litiges pour devenir une institution sociale essentielle dotée d'un rôle constitutionnel important, qui participe avec d'autres institutions au façonnement de

treet and J. Deschênes (eds.), *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), at p. 393).

There is, therefore, both an individual and a collective or institutional aspect to judicial independence. As stated by Le Dain J. in *Valente v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 673, at pp. 685 and 687:

[Judicial independence] 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.

. . .

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.

The rationale for this two-pronged modern understanding of judicial independence is recognition that the courts are not charged solely with the adjudication of individual cases. That is, of course, one role. It is also the context for a second, different and equally important role, namely as protector of the Constitution and the fundamental values embodied in it—rule of law, fundamental justice, equality, preservation of the democratic process, to name perhaps the most important. In other words, judicial independence is essential for fair and just dispute-resolution in individual cases. It is also the lifeblood of constitutionalism in democratic societies.

2. *Foundations of Judicial Independence in Canada*

It is trite history that the Canadian court system has its primary antecedents in the United Kingdom. (This is not true of our substantive law which

la vie de sa société» («The Emerging Transnational Jurisprudence on Judicial Independence: The IBA Standards and Montreal Declaration», dans S. Shetreet et J. Deschênes (éd.), *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), à la p. 393).

Par conséquent, l'indépendance judiciaire comporte à la fois un aspect individuel et un aspect collectif ou institutionnel. Comme l'affirme le juge Le Dain dans l'arrêt *Valente c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 673, aux pp. 685 et 687:

[L'indépendance judiciaire] 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.

. . .

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.

La raison d'être de cette conception moderne à deux volets de l'indépendance judiciaire est la reconnaissance que les tribunaux ne sont pas chargés uniquement de statuer sur des affaires individuelles. Il s'agit là évidemment d'un rôle. C'est également le contexte pour un second rôle différent et également important, celui de protecteur de la constitution et des valeurs fondamentales qui y sont enchâssées—la primauté du droit, la justice fondamentale, l'égalité, la préservation du processus démocratique, pour n'en nommer peut-être que les plus importantes. En d'autres termes, l'indépendance judiciaire est essentielle au règlement juste et équitable des litiges dans les affaires individuelles. Il constitue également l'élément vital du caractère constitutionnel des sociétés démocratiques.

2. *Fondement de l'indépendance judiciaire au Canada*

Il est bien établi dans l'histoire que le système judiciaire canadien tire ses origines du Royaume-Uni. (Ce n'est pas vrai en ce qui concerne notre

has deep roots in both the United Kingdom and France.) In the United Kingdom the cornerstone of the constitutional system has been for centuries, and still is today, the principle of parliamentary supremacy. But it is not the only principle. The rule of law is another. Judicial independence is a third. The history of the Constitution of the United Kingdom reveals continuous growth towards independent judicial authority. That history is well-described in Professor Lederman's classic article, "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769-809 and 1139-1179. Judicial authority in the United Kingdom has matured into a strong and effective means of ensuring that governmental power is exercised in accordance with law. Judicial independence is the essential prerequisite for this judicial authority. In the recent words of Lord Lane: "Few constitutional precepts are more generally accepted there in England, the land which boasts no written constitution, than the necessity for the judiciary to be secure from undue influence and autonomous within its own field" ("Judicial Independence and the Increasing Executive Role in Judicial Administration", in S. Shetreet and J. Deschênes (eds.), *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), at p. 525).

droit positif qui a des racines profondes à la fois au Royaume-Uni et en France.) Au Royaume-Uni, la pierre angulaire du système constitutionnel a été pendant des siècles, et est toujours aujourd'hui, le principe de la suprématie du Parlement. Toutefois, ce n'est pas le seul principe. La primauté du droit en est un autre. L'indépendance judiciaire en est un troisième. L'histoire de la Constitution du Royaume-Uni révèle une évolution continue vers l'indépendance du pouvoir judiciaire. Cette histoire est bien décrite dans l'article classique du professeur Lederman, intitulé «The Independence of the Judiciary» (1956), 34 *R. du B. can.*, aux pp. 769 à 809 et 1139 à 1179. Le pouvoir judiciaire au Royaume-Uni est devenu un moyen solide et efficace d'assurer que le pouvoir gouvernemental est exercé en conformité avec la loi. L'indépendance judiciaire est la condition préalable essentielle de ce pouvoir judiciaire. Comme l'a dit récemment lord Lane: [TRADUCTION] «Peu de préceptes constitutionnels sont plus généralement acceptés en Angleterre, le pays qui se glorifie de n'avoir aucune constitution écrite, que la nécessité pour le pouvoir judiciaire d'être à l'abri de toute influence indue et d'être autonome dans son propre domaine de compétence» («Judicial Independence and the Increasing Executive Role in Judicial Administration», dans S. Shetreet et J. Deschênes (éd.), *Judicial Independence: The Contemporary Debate* (1985), à la p. 525).

In Canada, the constitutional foundation for the principle of judicial independence is derived from many sources. Because the sources for the principle are both varied and powerful, the principle itself is probably more integral and important in our constitutional system than it is in the United Kingdom.

Au Canada, le fondement constitutionnel du principe de l'indépendance judiciaire découle de plusieurs sources. Étant donné que les sources du principe sont à la fois diverses et importantes, le principe lui-même est probablement plus complet et important dans notre système constitutionnel qu'il ne l'est au Royaume-Uni.

Indeed, two of the sources of, or reasons for, judicial independence in Canada do not exist in the United Kingdom. First, Canada is a federal country with a constitutional distribution of powers between federal and provincial governments. As in other federal countries, there is a need for an impartial umpire to resolve disputes between two levels of government as well as between governments and private individuals who rely on the distribution of powers. In most federal countries

En fait, deux des sources ou raisons d'être de l'indépendance judiciaire au Canada n'existent pas au Royaume-Uni. Premièrement, le Canada est un État fédéral doté d'un partage constitutionnel des compétences entre le gouvernement fédéral et les gouvernements provinciaux. Comme dans d'autres États fédéraux, il est nécessaire d'avoir un arbitre impartial pour régler les litiges aussi bien entre les deux paliers de gouvernement qu'entre les gouvernements et les citoyens qui invoquent le partage

the courts play this umpiring role. In Canada, since Confederation, it has been assumed and agreed that the courts would play an important constitutional role as umpire of the federal system. Initially, the role of the courts in this regard was not exclusive; in the early years of Confederation the federal government's disallowance power contained in s. 55 of the *Constitution Act, 1867* was also central to federal-provincial dispute-resolution. In time, however, the disallowance power fell into disuse and the courts emerged as the ultimate umpire of the federal system. That role, still fundamental today, requires that the umpire be autonomous and completely independent of the parties involved in federal-provincial disputes.

Secondly, the enactment of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (although admittedly not relevant to this case because of its date of origin) conferred on the courts another truly crucial role: the defense of basic individual liberties and human rights against intrusions by all levels and branches of government. Once again, in order to play this deeply constitutional role, judicial independence is essential.

Beyond these two fundamental sources of, or reasons for, judicial independence there is also textual recognition of the principle in the *Constitution Act, 1867*. The preamble to the *Constitution Act, 1867* states that Canada is to have a Constitution "similar in Principle to that of the United Kingdom". Since judicial independence has been for centuries an important principle of the Constitution of the United Kingdom, it is fair to infer that it was transferred to Canada by the constitutional language of the preamble. Furthermore, s. 129 of the *Constitution Act, 1867* continued the courts previously in existence in the federating provinces into the new Dominion. The fundamental traditions of those courts, including judicial independence, were also continued. Additionally, the judicature provisions of the *Constitution Act, 1867*, especially ss. 96, 99 and 100,

des compétences. Dans la plupart des États fédéraux, les tribunaux jouent ce rôle d'arbitre. Au Canada, depuis la Confédération, on admet que les tribunaux jouent un rôle constitutionnel important en tant qu'arbitres du système fédéral. Au départ, le rôle des tribunaux à cet égard n'était pas exclusif; au cours des premières années de la Confédération, le pouvoir de désaveu que confère au gouvernement fédéral l'art. 55 de la *Loi constitutionnelle de 1867* jouait également un rôle capital en matière de règlement des litiges entre le gouvernement fédéral et les provinces. Avec le temps toutefois, le pouvoir de désaveu est tombé en désuétude et les tribunaux sont devenus les arbitres ultimes du système fédéral. Ce rôle, qui est toujours fondamental à l'heure actuelle, exige que l'arbitre soit autonome et complètement indépendant des parties concernées dans les litiges entre le gouvernement fédéral et les provinces.

Deuxièmement, l'adoption de la *Charte canadienne des droits et libertés* (bien que, de toute évidence, elle ne soit pas pertinente en l'espèce à cause de sa date d'entrée en vigueur) a conféré aux tribunaux un autre rôle vraiment important: la défense des libertés individuelles fondamentales et des droits de la personne contre les ingérences de tout palier et organe de gouvernement. Encore une fois, l'indépendance judiciaire est essentielle pour jouer ce rôle profondément constitutionnel.

Outre ces deux sources fondamentales ou raisons d'être de l'indépendance judiciaire, il y a également une reconnaissance écrite du principe dans la *Loi constitutionnelle de 1867*. Le préambule de la *Loi constitutionnelle de 1867* établit que le Canada doit avoir une constitution «reposant sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni». Étant donné que l'indépendance judiciaire est depuis des siècles un principe important de la Constitution du Royaume-Uni, on peut à juste titre déduire que ce principe a été transféré au Canada par le texte constitutionnel du préambule. En outre, en vertu de l'art. 129 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, les tribunaux qui existaient déjà dans les provinces qui se fédéraient ont continué d'exister dans le nouveau Dominion. Les traditions fondamentales de ces tribunaux, y compris l'indépendance judiciaire, ont également été maintenues.

support judicial authority and independence, at least at the level of superior, district and county courts. As Lord Atkin said in *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415 at p. 426:

> While legislative power in relation to the constitution, maintenance and organization of Provincial Courts of Civil Jurisdiction, including procedure in civil matters, is confided to the Province, the independence of the judges is protected by provisions that the judges of the Superior, District, and County Courts shall be appointed by the Governor-General (s. 96 of the British North America Act, 1867), that the judges of the Superior Courts shall hold office during good behaviour (s. 99), and that the salaries of the judges of the Superior, District, and County Courts shall be fixed and provided by the Parliament of Canada (s. 100). These are three principal pillars in the temple of justice, and they are not to be undermined.

(Emphasis added.)

In summary, Canadian constitutional history and current Canadian constitutional law establish clearly the deep roots and contemporary vitality and vibrancy of the principle of judicial independence in Canada. The role of the courts as resolver of disputes, interpreter of the law and defender of the Constitution requires that they be completely separate in authority and function from all other participants in the justice system.

I emphasize the word 'all' in the previous sentence because, although judicial independence is usually considered and discussed in terms of the relationship between the judiciary and the executive branch, in this appeal the relevant relationship is between the judiciary and Parliament. Nothing turns on this contextual difference. Although particular care must be taken to preserve the independence of the judiciary from the executive branch (because the executive is so often a litigant before the courts), the principle of judicial independence must also be maintained against all other potential intrusions, including any from the legislative branch. In *McEvoy v. Attorney General for New*

De plus, les dispositions de la *Loi constitutionnelle de 1867* relatives aux juges, particulièrement les art. 96, 99 et 100, appuient le pouvoir et l'indépendance judiciaire, du moins au niveau des cours supérieures, de district et de comté. Comme l'affirme lord Atkin dans l'arrêt *Toronto Corporation v. York Corporation*, [1938] A.C. 415, à la p. 426:

> [TRADUCTION] Alors que le pouvoir législatif relatif à la création, au maintien et à l'organisation de tribunaux de justice pour la province, y compris la procédure en matière civile dans ces tribunaux, est confié à la province, l'indépendance des juges est protégée par les dispositions prévoyant que les juges des cours supérieures, de district et de comté sont nommés par le gouverneur général (art. 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867), que les juges des cours supérieures seront inamovibles (art. 99), et que les salaires, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de comté seront fixés et payés par le Parlement du Canada (art. 100). Ce sont là trois piliers principaux du temple de la justice, et il ne faut pas les détruire.

(C'est moi qui souligne.)

En résumé, l'histoire de la Constitution du Canada et le droit constitutionnel canadien actuel établissent clairement les racines profondes, la vitalité et le caractère vibrant contemporains du principe de l'indépendance judiciaire au Canada. Le rôle des tribunaux en tant qu'arbitres des litiges, interprètes du droit et défenseurs de la Constitution exige qu'ils soient complètement séparés, sur le plan des pouvoirs et des fonctions, de tous les autres participants au système judiciaire.

Je mets l'accent sur le mot «tous» dans la phrase précédente parce que, bien que l'indépendance judiciaire soit habituellement étudiée et analysée en fonction du rapport qui existe entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir exécutif, dans le présent pourvoi le rapport pertinent est celui qui existe entre le pouvoir judiciaire et le Parlement. Rien ne dépend de cette différence contextuelle. Bien qu'un soin particulier doive être pris pour préserver l'indépendance de la magistrature vis-à-vis du pouvoir exécutif (du fait que le pouvoir exécutif soit si souvent partie aux litiges devant les tribunaux), le principe de l'indépendance judiciaire doit également être maintenu face à toute autre ingérence

Brunswick, [1983] 1 S.C.R. 704, the Court said, at p. 720:

The judicature sections of the *Constitution Act, 1867* guarantee the independence of the Superior Courts; they apply to Parliament as well as to the Provincial Legislatures.

In a similar vein, these sections, including s. 100, apply to both the executive and legislative branches of government.

3. *Content of the Principle of Judicial Independence*

Turning from the general definition and constitutional foundations of judicial independence, it becomes necessary to consider its content or conditions in a Canadian setting. In the context of this appeal, it is particularly important to discuss the question of financial security as a component of judicial independence.

There is, and has been at least since the *Act of Settlement*, 1700 (Engl.), 12 & 13 Will. 3, c. 2, agreement that judicial independence requires security of tenure and financial security. In recent years, important international documents have fleshed out in more detail the content of the principle of judicial independence in free and democratic societies: see, for example, the thirty-two articles in the *Syracuse Draft Principles on the Independence of the Judiciary* (1981), the forty-seven standards enunciated in the *International Bar Association Code of Minimum Standards of Judicial Independence* (1982), and, especially, the *Universal Declaration of the Independence of Justice* (adopted at the final plenary session of the First World Conference on the Independence of Justice held in Montréal in 1983). Invariably, financial security has been recognized as a central component of the international concept of judicial independence. For a recent example, the *Universal Declaration of the Independence of Justice* (the Montreal Declaration) provides:

possible, y compris celle du pouvoir législatif. Dans l'arrêt *McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick*, [1983] 1 R.C.S. 704, la Cour affirme à la p. 720:

Les articles de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui portent sur l'organisation judiciaire garantissent l'indépendance des cours supérieures; ils s'appliquent aussi bien au Parlement qu'aux législatures provinciales.

Dans le même sens, ces articles, y compris l'art. 100, s'appliquent aux organes exécutif et législatif du gouvernement.

3. *Contenu du principe de l'indépendance judiciaire*

Si l'on s'écarte de la définition générale et du fondement constitutionnel de l'indépendance judiciaire, il devient nécessaire d'examiner son contenu ou ses modalités dans le contexte canadien. Dans le cadre du présent pourvoi, il est particulièrement important d'analyser la question de la sécurité financière en tant que composante de l'indépendance judiciaire.

On s'accorde et on s'est toujours accordé, du moins depuis l'*Act of Settlement*, 1700 (Engl.), 12 & 13 Will. 3, chap. 2, pour dire que l'indépendance judiciaire exige l'inamovibilité et la sécurité financière. Au cours des dernières années, des documents internationaux importants ont établi d'une manière plus détaillée le contenu du principe de l'indépendance judiciaire dans les sociétés libres et démocratiques: voir, par exemple, les trente-deux articles du *Syracuse Draft Principles on the Independence of the Judiciary* (1981), les quarante-sept normes énoncées dans *International Bar Association Code of Minimum Standards of Judicial Independence* (1982), et, particulièrement la *Déclaration universelle sur l'indépendance de la Justice* (adoptée lors de la session plénière finale de la Première conférence mondiale sur l'indépendance de la Justice tenue à Montréal en 1983). Invariablement, la sécurité financière a été reconnue comme une composante essentielle du concept international de l'indépendance judiciaire. À titre d'exemple récent, la *Déclaration universelle sur l'indépendance de la Justice* (la Déclaration de Montréal) prévoit:

2.21 a) During their terms of office, judges shall receive salaries and after retirement, they shall receive pensions.

b) The salaries and pensions of judges shall be adequate, commensurate with the status, dignity and responsibility of their office, and be regularly adjusted to account fully for price increases.

c) Judicial salaries shall not be decreased during the judges' term of office, except as a coherent part of an overall public economic measure.

2.21 a) Durant leur mandat, les juges reçoivent un traitement et, à leur retraite, ils touchent une pension;

b) Les traitements et pensions des juges sont adéquats, correspondent à leur situation ainsi que la dignité et la responsabilité de leur poste et sont régulièrement ajustés en fonction de l'augmentation de l'indice des prix;

c) Le traitement des juges ne peut être réduit au cours de leur mandat, sauf dans le cadre de mesures économiques touchant l'ensemble des citoyens.

This international understanding of one of the essential features of judicial independence is, in my opinion, given powerful expression in a Canadian context by s. 100 of the *Constitution Act, 1867*, earlier quoted. Speaking of financial security in *Valente*, Le Dain J. said, at p. 704:

> The second essential condition of judicial independence ... is ... 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.

I agree with this passage, although I believe it requires a somewhat broader expression by reason of the circumstances of this appeal. *Valente* dealt substantially, although not exclusively, with the relationship between the executive branch of a provincial government and a statutory court. In that context, Le Dain J.'s discussion of judicial independence in terms of the prevention of arbitrary interference "by the Executive" is, in my opinion, both apposite and correct. In this appeal, the relevant relationship is different; it is between the legislative branch of the federal government and a superior court with its combination of a constitutional position and statutory and equitable jurisdiction. In the context of this appeal it must be declared that the essence of judicial independence for superior court judges is complete freedom from arbitrary interference by both the executive and the legislature. Neither the executive nor the legislature can interfere with the financial security of superior court judges. That

Cette conception internationale de l'une des caractéristiques essentielles de l'indépendance judiciaire est, à mon avis, exprimée vigoureusement dans le contexte canadien par l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, précité. Voici ce qu'affirme le juge Le Dain au sujet de la sécurité financière, à la p. 704 de l'arrêt *Valente*:

> La deuxième condition essentielle de l'indépendance judiciaire [...] est [...] 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.

Je suis d'accord avec ce passage, bien que j'estime qu'il exige une expression un peu plus large en raison des circonstances du présent pourvoi. L'arrêt *Valente* traitait principalement, quoique non exclusivement, du rapport qui existait entre l'organe exécutif d'un gouvernement provincial et un tribunal créé par la loi. Dans ce contexte, l'analyse de l'indépendance judiciaire qu'a faite le juge Le Dain en termes de prévention des ingérences arbitraires «de l'exécutif» est, à mon avis, pertinente et juste. En l'espèce, le rapport pertinent est différent; il s'agit du rapport qui existe entre l'organe législatif du gouvernement fédéral et une cour supérieure qui comporte un mélange de statut constitutionnel et de compétence en vertu de la loi et de l'*equity*. Dans le contexte du présent pourvoi, il faut déclarer que l'indépendance des juges des cours supérieures réside essentiellement dans le fait qu'ils doivent être complètement libres de toute ingérence arbitraire tant de la part du pouvoir exécutif que de la législature. Ni le pouvoir

security is crucial to the very existence and preservation of judicial independence as we know it.

Against this background of the historical foundations for, and contemporary content of, judicial independence in Canada it is now possible to consider the three specific grounds of attack on s. 29.1 of the *Judges Act*.

VI

Grounds of Attack

1. *Parliament cannot diminish, reduce or impair established salary or remunerative benefits*

Of the three arguments made by the respondent this is the one, in my opinion, deserving of special consideration. It is contended that Parliament cannot impair or diminish the established salary or benefits of incumbent judges because this might interfere in fact, or be perceived as interfering, with the independence of those judges. Since I have already concluded that judicial independence is an important constitutional value in Canada, the relevant question becomes: does the scheme for contributory pensions established in s. 29.1 of the *Judges Act* violate this principle?

The starting point in this inquiry is recognition that someone must provide for judicial salaries and benefits and that, by virtue of s. 100 of the *Constitution Act, 1867*, that someone is, explicitly, Parliament.

What then can Parliament do and not do in meeting its constitutional obligation to provide salaries and pensions to superior court judges? As a general observation, Canadian judges are Canadian citizens and must bear their fair share of the financial burden of administering the country. Thus, for example, judges must pay the general taxes of the land. See *Judges v. Attorney-General of Saskatchewan*, [1937] 2 D.L.R. 209 (P.C.) Judges also have an amount deducted from their salaries as a contribution to the Canada Pension

exécutif ni la législature ne peuvent toucher à la sécurité financière des juges des cours supérieures. Cette sécurité est d'une importance cruciale pour ce qui est de l'existence même et de la préservation de l'indépendance judiciaire telle que nous la connaissons.

Compte tenu de cet exposé du fondement historique et du contenu contemporain de l'indépendance judiciaire au Canada, il est maintenant possible d'examiner les trois moyens précis de contestation de l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges*.

VI

Moyens de contestation

1. *Le Parlement ne peut diminuer, réduire ou modifier un traitement ou des prestations de rémunération établis*

Des trois arguments soumis par l'intimé c'est celui qui, à mon avis, mérite une attention spéciale. On soutient que le Parlement ne peut modifier ou diminuer le traitement ou les prestations établis des juges en fonction pour le motif que cela pourrait en fait porter atteinte ou être perçu comme portant atteinte à l'indépendance de ces juges. Étant donné que j'ai déjà conclu que l'indépendance judiciaire est une valeur constitutionnelle importante au Canada, la question qu'il faut se poser devient: le régime de pensions avec participation des intéressés établi à l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* viole-t-il ce principe?

Tout d'abord dans cette enquête il faut reconnaître que quelqu'un doit payer les traitements et les prestations des juges et que, en vertu de l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ce quelqu'un est explicitement le Parlement.

Alors qu'est-ce que le Parlement a le droit de faire ou de ne pas faire pour remplir son obligation constitutionnelle de payer des traitements et des pensions aux juges des cours supérieures? À titre d'observation générale, les juges canadiens sont des citoyens canadiens et doivent assumer leur juste part du fardeau financier de l'administration du pays. Ainsi, par exemple, les juges doivent payer les taxes générales du pays. Voir *Judges v. Attorney-General of Saskatchewan*, [1937] 2 D.L.R. 209 (C.P.) Un montant est également

Plan. These two liabilities are, of course, general in the sense that all citizens are subject to them whereas the contributions demanded by s. 29.1 of the *Judges Act* are directed at judges only. (Other legislation, federal and provincial, establishes similar pension schemes for a substantial number of other Canadians.) Conceding the factual difference that s. 29.1 of the *Judges Act* is directed only at judges, I fail to see that this difference translates into any legal consequence. As I have earlier indicated, the essential condition of judicial independence at the individual level is the necessity of having judges who feel totally free to render decisions in the cases that come before them. On the institutional plane, judicial independence means the preservation of the separateness and integrity of the judicial branch and a guarantee of its freedom from unwarranted intrusions by, or even intertwining with, the legislative and executive branches. It is very difficult for me to see any connection between these essential conditions of judicial independence and Parliament's decision to establish a pension scheme for judges and to expect judges to make contributions toward the benefits established by the scheme. At the end of the day, all s. 29.1 of the *Judges Act* does, pursuant to the constitutional obligation imposed by s. 100 of the *Constitution Act, 1867*, is treat judges in accordance with standard, widely used and generally accepted pension schemes in Canada. From that factual reality it is far too long a stretch, in my opinion, to the conclusion that s. 29.1 of the *Judges Act* violates judicial independence.

I want to qualify what I have just said. The power of Parliament to fix the salaries and pensions of superior court judges is not unlimited. If there were any hint that a federal law dealing with these matters was enacted for an improper or colourable purpose, or if there was discriminatory treatment of judges *vis-à-vis* other citizens, then serious issues relating to judicial independence would arise and the law might well be held to be *ultra vires* s. 100 of the *Constitution Act, 1867*.

déduit du salaire des juges à titre de cotisation au Régime de pensions du Canada. Évidemment, ces deux obligations sont générales en ce sens que tous les citoyens y sont assujettis, alors que les contributions imposées par l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* ne visent que les juges. (D'autres mesures législatives, fédérales et provinciales, établissent des régimes de pensions semblables pour de nombreux autres Canadiens.) Tout en reconnaissant la différence factuelle que l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* ne vise que les juges, je ne vois pas comment cette différence entraîne des conséquences juridiques. Comme je l'ai indiqué précédemment, la condition essentielle de l'indépendance judiciaire au niveau individuel est la nécessité que les juges se sentent tout à fait libres de rendre des décisions dans les affaires dont ils sont saisis. Sur le plan institutionnel, l'indépendance judiciaire s'entend de la préservation de l'indépendance et de l'intégrité du pouvoir judiciaire et d'une garantie de son immunité contre toute ingérence injustifiée des pouvoirs législatif et exécutif ou même contre toute cohabitation trop étroite avec ceux-ci. Il m'est très difficile de voir un lien entre ces conditions essentielles de l'indépendance judiciaire et la décision du Parlement d'établir un régime de pensions pour les juges et de s'attendre à ce que les juges contribuent aux prestations établies par le régime. En fin de compte, l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges*, en vertu de l'obligation constitutionnelle imposée par l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ne fait que traiter les juges à la manière des régimes de pensions normaux qui sont généralement répandus et acceptés au Canada. À mon avis, cette réalité factuelle est bien loin de justifier la conclusion que l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* viole l'indépendance judiciaire.

Je tiens à nuancer ce que je viens tout juste de dire. Le pouvoir du Parlement de fixer les traitements et les pensions des juges des cours supérieures n'est pas illimité. S'il y avait un indice qu'une loi fédérale traitant de ces questions avait été adoptée dans un but malhonnête ou spécieux, ou si les juges étaient traités d'une manière discriminatoire par rapport aux autres citoyens, de graves questions se poseraient alors concernant l'indépendance judiciaire et la loi en question pourrait très bien être jugée *ultra vires* de l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

There is no suggestion, however, of any of these considerations in the present appeal. First, the motive underlying s. 29.1 of the *Judges Act*, especially when viewed in the context of the substantial increase in salaries received by superior court judges at virtually the same time, was, without question, to try to deal fairly with judges and with judicial salaries and pensions. Secondly, although superior court judges were required to contribute to their pension benefits commencing December 20, 1975, the contributory scheme was effectively introduced as part of a remuneration package which included a 39 per cent salary increase and a 50 per cent increase in pensions to dependants. The salary and pension changes were intended to be complementary and, as a comprehensive package, did not diminish, reduce or impair the financial position of federally-appointed judges. Thirdly, there was no discriminatory treatment of judges. Contributory pension schemes are now widespread in Canada; s. 29.1 of the *Judges Act* merely moved superior court judges into the mainstream of Canadian pension schemes. Recognition of that reality draws me, by way of conclusion on this point, to the words of Holmes and Frankfurter JJ. in two American cases. Article III, section 1 of the Constitution of the United States also protects judicial tenure and financial security. Speaking generally about this article, and admittedly in the context of a 'taxation', not a 'pension', fact situation, Holmes J. (dissenting) said in *Evans v. Gore*, 253 U.S. 245 (1920), at p. 265:

I see nothing in the purpose of this clause of the Constitution to indicate that the judges were to be a privileged class, free from bearing their share of the cost of the institutions upon which their well-being if not their life depends.

In the same vein, Frankfurter J. said in *O'Malley v. Woodrough*, 307 U.S. 277 (1939), at p. 282:

Toutefois, ces considérations ne sont nullement proposées dans le présent pourvoi. Premièrement, le motif sous-jacent à l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges*, particulièrement lorsqu'on le considère dans le contexte de l'augmentation importante de traitement qu'ont reçue les juges des cours supérieures pratiquement au même moment, était, sans aucun doute, d'essayer de traiter d'une manière équitable les juges ainsi que leurs traitements et pensions. Deuxièmement, bien que les juges des cours supérieures aient été tenus de contribuer à leurs prestations de retraite à compter du 20 décembre 1975, le régime avec participation des intéressés a été présenté en fait dans le cadre d'un programme de rémunération qui comportait une augmentation de traitement de 39 pour cent et une augmentation de 50 pour cent des pensions versées aux personnes à charge. Les modifications apportées aux traitements et aux pensions étaient destinées à être complémentaires et, dans l'ensemble, ne diminuaient ni ne modifiaient la situation financière des juges nommés par le gouvernement fédéral. Troisièmement, les juges n'étaient pas traités de manière discriminatoire. Les régimes de pensions avec participation sont maintenant très répandus au Canada; l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* mettait simplement les juges des cours supérieures au diapason des régimes de pensions canadiens. La reconnaissance de cette réalité m'amène, en guise de conclusion sur ce point, aux propos tenus par les juges Holmes et Frankfurter dans deux affaires américaines. La section 1 de l'article III de la Constitution des États-Unis protège aussi l'inamovibilité et la sécurité financière des juges. Parlant d'une manière générale au sujet de cet article et certes dans le contexte d'une situation de fait relative à un «impôt» et non à une «pension», le juge Holmes (dissident) affirme ceci dans *Evans v. Gore*, 253 U.S. 245 (1920), à la p. 265:

[TRADUCTION] Je ne vois rien dans l'objet de cette clause de la Constitution qui indique que les juges doivent constituer une catégorie privilégiée de personnes qui ne soient pas tenues d'assumer leur part du coût des institutions dont dépend leur bien-être sinon leur vie.

Dans le même sens, le juge Frankfurter affirme dans *O'Malley v. Woodrough*, 307 U.S. 277 (1939), à la p. 282:

To suggest that it makes inroads upon the independence of judges who took office after Congress had thus charged them with the common duties of citizenship, by making them bear their aliquot share of the cost of maintaining the Government, is to trivialize the great historic experience on which the framers based the safeguards of Article III, s. 1. To subject them to a general tax is merely to recognize that judges are also citizens, and that their particular function in government does not generate an immunity from sharing with their fellow citizens the material burden of the government whose Constitution and laws they are charged with administering.

[TRADUCTION] Laisser entendre que cela empiète sur l'indépendance des juges qui sont entrés en fonction après que le Congrès leur a ainsi imposé les obligations ordinaires de la citoyenneté, en leur faisant assumer leur quote-part du coût de l'administration du gouvernement, a pour effet de diminuer l'importance de la grande expérience historique sur laquelle les législateurs ont fondé les garanties de la section 1 de l'article III. Les assujettir à un impôt général revient simplement à reconnaître que les juges sont également des citoyens et que, en raison de leurs fonctions particulières dans le gouvernement, ils ne sont pas exemptés de partager avec leurs concitoyens le lourd fardeau du gouvernement dont ils sont chargés d'appliquer la Constitution et les lois.

2. *Section 100 mandates non-contributory retirement pensions*

There are two separate arguments that have been advanced in support of the claim that Parliament must provide non-contributory retirement pensions to superior court judges. I would label one the 'federalism' argument and the other the 'strict construction' argument.

The 'federalism' argument is that s. 100 of the *Constitution Act, 1867* must be read against the backdrop of s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* which gives provincial legislatures jurisdiction to make laws in relation to 'the administration of justice in the province'. Since that phrase includes matters relating to the judiciary, it follows that Parliament alone cannot change the basis of judicial pensions from non-contributory to contributory. Such a change would require a constitutional amendment following on from the proper degree of legal participation and consent of the federal and provincial governments.

It is true that s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* gives the provincial governments jurisdiction over the field of the administration of justice. It is also true that, even more specifically, s. 92(14) entrusts to the provinces "the constitution, maintenance and organization of provincial courts" which, without question, includes superior courts. Without more, it would not be a large step to move

2. *L'article 100 attribue des pensions de retraite sans participation*

Deux arguments distincts ont été présentés à l'appui de l'affirmation selon laquelle le Parlement doit fournir aux juges des cours supérieures des pensions de retraite sans participation. Je désignerais l'un comme étant l'argument du «fédéralisme» et l'autre, comme l'argument de l'«interprétation stricte».

L'argument du «fédéralisme» porte que l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* doit être interprété en fonction de la toile de fond du par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* qui confère aux législatures provinciales le pouvoir de légiférer relativement à «l'administration de la justice dans la province». Étant donné que cette expression comprend des questions qui se rapportent aux juges, il s'ensuit que le Parlement seul ne peut modifier le fondement des pensions des juges en les faisant passer de pensions sans participation à pensions avec participation. Une telle modification nécessiterait une modification constitutionnelle découlant d'un degré approprié de participation juridique et de consentement des gouvernements fédéral et provinciaux.

Il est vrai que le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère aux gouvernements provinciaux la compétence dans le domaine de l'administration de la justice. Il est également vrai que, encore plus précisément, le par. 92(14) confère aux provinces «la création, le maintien et l'organisation de tribunaux de justice pour la province», ce qui comprend incontestablement les cours supé-

from these constitutional foundations to recognition of a provincial role in setting salaries and providing benefits, including pensions, to superior court judges. But s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867* cannot be read in isolation. Although it is "intended to have [a] wide meaning" (*Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail*, [1978] 1 S.C.R. 152 at p. 204), it must be read in light of other provisions of the Constitution. There are subtractions from what would appear, without more, to be complete provincial jurisdiction with respect to the justice system. One such subtraction, and it is a major one, is federal jurisdiction by virtue of s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867* over criminal law and criminal procedure. See *Di Iorio*, at p. 199. A second subtraction flows from s. 96 of the same Act. Although provincial governments have the power to establish, maintain and organize provincial superior courts, s. 96 explicitly provides that only the Governor General, in effect the Governor General in Council, has power to appoint the judges of those courts. See, among many cases, *Re Residential Tenancies Act, 1979*, [1981] 1 S.C.R. 714; *Crevier v. Attorney General of Quebec*, [1981] 2 S.C.R. 220.

rieures. Sans plus, il serait facile de passer de ce fondement constitutionnel à la reconnaissance d'un rôle provincial dans la fixation des traitements et le paiement de prestations, y compris de pensions, aux juges des cours supérieures. Toutefois, le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne peut être interprété de manière isolée. Bien qu'il soit «destiné [. . .] à avoir une portée étendue» (*Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal*, [1978] 1 R.C.S. 152, à la p. 204), nous devons l'interpréter en fonction des autres dispositions de la Constitution. Il existe des restrictions à ce qui paraîtrait, sans plus, être la plénitude des pouvoirs de la province en ce qui a trait au système de justice. Une de ces restrictions, non la moindre, est la compétence que le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867* confère au Parlement fédéral relativement au droit criminel et à la procédure en matière criminelle. Voir l'arrêt *Di Iorio*, à la p. 199. Une deuxième restriction découle de l'art. 96 de la même Loi. Bien que les gouvernements provinciaux aient le pouvoir de constituer, de maintenir et d'organiser les cours supérieures des provinces, l'art. 96 prévoit expressément que seul le gouverneur général, en fait le gouverneur général en conseil, a le pouvoir de nommer les juges de ces tribunaux. Voir notamment *Re Loi de 1979 sur la location résidentielle*, [1981] 1 R.C.S. 714, *Crevier c. Procureur général du Québec*, [1981] 2 R.C.S. 220.

Section 100 of the *Constitution Act, 1867* provides a third, and particularly explicit, subtraction from provincial jurisdiction with respect to the administration of justice. It states that the salaries and pensions of superior court judges shall be fixed and provided by the Parliament of Canada. It is difficult to conceive of clearer words. To attempt to create a provincial role in the determination of the salaries and pensions of superior court judges is blithely to ignore this clear mandate. Indeed, it turns s. 100 on its head. Just as s. 96 of the *Constitution Act, 1867* provides for federal appointment of superior court judges, so s. 100 provides for federal jurisdiction over their salaries and pensions. Both the intent and the actual wording of s. 100 are clear. There is no 'federalism' limitation on Parliament's capacity to change the

L'article 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit une troisième restriction, particulièrement explicite, à la compétence provinciale en matière d'administration de la justice. Il déclare que les traitements et les pensions des juges des cours supérieures seront fixés et payés par le Parlement du Canada. Il est difficile de concevoir des termes plus clairs. Tenter de créer un rôle pour les provinces dans la détermination des traitements et des pensions des juges des cours supérieures revient à ignorer allègrement ce mandat clair. En fait, on ferait dire à l'art. 100 le contraire de ce qu'il dit. Tout comme l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* prévoit la nomination des juges des cours supérieures par le fédéral, l'art. 100 prescrit la compétence fédérale en ce qui a trait à leurs traitements et pensions. L'intention et le texte

basis of pensions for superior court judges from non-contributory to contributory.

I turn now to what I have labelled the 'strict construction' argument. It has two dimensions. First, it is contended that, since judges received non-contributory pensions before and at Confederation, the word 'pensions' in s. 100 of the *Constitution Act, 1867* meant then, and must continue to mean today, non-contributory pensions. Secondly, it is contended that the words 'fixed and provided' mean that Parliament must pay for the full cost of the pensions of superior court judges, which rules out a contributory scheme.

With respect to the first of these arguments, I do not think s. 100 imposes on Parliament the duty to continue to provide judges with precisely the same type of pension they received in 1867. The Canadian Constitution is not locked forever in a 119-year old casket. It lives and breathes and is capable of growing to keep pace with the growth of the country and its people. Accordingly, if the Constitution can accommodate, as it has, many subjects unknown in 1867—airplanes, nuclear energy, hydroelectric power—it is surely not straining s. 100 too much to say that the word 'pensions', admittedly understood in one sense in 1867, can today support federal legislation based on a different understanding of 'pensions'.

The second 'strict construction' argument is, as noted above, that the words "Pensions . . . shall be fixed and provided" in s. 100 impose on Parliament an obligation to pay the full cost of the pension. This is the argument which Heald J. accepted in the Federal Court of Appeal. He was particularly drawn to this argument because of the contrast he saw between the wording of s. 100 dealing with judicial pensions ("shall be fixed and provided") and s. 91(8) dealing with pensions for

même de l'art. 100 sont clairs. Il n'y a aucune restriction fondée sur le «fédéralisme» à la capacité du Parlement de modifier le fondement des pensions des juges des cours supérieures en les faisant passer de pensions sans participation à pensions avec participation.

J'examine maintenant ce que j'ai désigné comme étant l'argument de l'«interprétation stricte». Il comporte deux volets. D'abord on soutient que, puisque les juges recevaient des pensions sans participation au moment de la Confédération et avant celle-ci, le terme «pensions» que l'on trouve à l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* désignait alors et doit continuer de désigner aujourd'hui des pensions sans participation. Ensuite, on soutient que les termes «fixés et payés» signifient que le Parlement doit assumer le coût total des pensions des juges des cours supérieures, ce qui écarte un régime avec participation.

En ce qui a trait au premier volet de cet argument, je ne crois pas que l'art. 100 impose au Parlement l'obligation de continuer à assurer aux juges précisément le même genre de pension qu'ils recevaient en 1867. La Constitution canadienne n'est pas enfermée pour toujours dans un cercueil de 119 ans. Elle vit et respire et est capable de se développer pour tenir compte de la croissance du pays et de sa population. Par conséquent, si la Constitution peut viser, comme elle le fait, un grand nombre de sujets inconnus en 1867, comme les avions, l'énergie nucléaire, l'énergie hydro-électrique, ce n'est certainement pas trop élargir le sens de l'art. 100 que de dire que le terme «pensions», qui était de toute évidence interprété dans un sens en 1867, peut aujourd'hui appuyer une loi fédérale fondée sur une interprétation différente de ce même terme.

Le second volet de l'argument de l'«interprétation stricte» porte, comme je l'ai déjà souligné, que les termes «pensions [...] seront fixé[e]s et payé[e]s», que l'on trouve à l'art. 100, imposent au Parlement l'obligation d'assumer le coût total de la pension. C'est l'argument que le juge Heald a adopté en Cour d'appel fédérale. Il a particulièrement été attiré par cet argument à cause du contraste qu'il a vu entre le texte de l'art. 100 qui traite des pensions des juges («seront fixé[e]s et

federal public servants ("The fixing of and providing for the Salaries and Allowances of Civil and other Officers of the Government of Canada"). In his words, at p. 1040:

> In my view, subsection 91(8) is in no way analogous or comparable to section 100. Subsection 91(8) is an enabling section. It empowers Parliament to provide for the salaries of civil servants but does not require it to do so. There is no provision in the subsection at all for the pensions of civil servants. Section 100, on the other hand, imposes a responsibility, *inter alia*, to provide the pensions of judges. The word "for" in subsection 91(8) is absent from section 100. In my view, the obligation imposed by section 100 to provide pensions imposes a duty on Parliament to provide the total amount of those pensions.

I accept Heald J.'s description of the mandatory—permissive distinction between ss. 100 and 91(8). Section 100 makes it clear that superior court judges will have some salary and pension benefits. Section 91(8) does not go that far. It merely authorizes, in a federalism sense, Parliament to make laws respecting salaries and pensions for federal public servants; it does not require Parliament to legislate.

Agreement with the mandatory—permissive distinction between the two provisions, however, does not necessarily entail acceptance of the conclusion which Heald J. suggests flows from it, namely that Parliament must pay the total cost of the pensions of superior court judges. I fail to see how the absence of the word 'for' in s. 100 leads to this conclusion. My view is that what emerges clearly from the word 'provided' in s. 100 is that Parliament must provide salaries and pensions to superior court judges. What does not emerge clearly from this word is any constitutional qualification on the type, scheme or even amount of these salaries or pensions. In light of the modern-day reality that a great many people pay for a portion of their pension benefits, it is, in my opinion, construing too literally the word 'provided' to say

payé[e]s») et celui du par. 91(8) qui traite des pensions des fonctionnaires fédéraux («La fixation et le paiement des salaires et honoraires des officiers civils et autres du gouvernement du Canada»). Voici ce qu'il affirme à la p. 1040:

> À mon avis, le paragraphe 91(8) n'est en aucune façon analogue ou comparable à l'article 100. Le paragraphe 91(8) est une disposition habilitante qui confère au Parlement le pouvoir de payer (*provide for*) les traitements des fonctionnaires mais ne l'oblige pas à le faire. Ce paragraphe ne renferme aucune disposition concernant les pensions des fonctionnaires. En revanche, l'article 100 impose au fédéral la responsabilité, notamment, de payer les pensions des juges. Le mot «*for*» du texte anglais du paragraphe 91(8) n'apparaît pas à l'article 100. À mon avis, l'obligation imposée par l'article 100 de payer les pensions impose au Parlement le devoir de payer le montant total desdites pensions.

Je souscris à la description qu'a faite le juge Heald de la distinction entre le caractère impératif et facultatif qui existe entre l'art. 100 et le par. 91(8). L'article 100 prévoit clairement que les juges des cours supérieures auront un certain traitement et des prestations de retraite. Le paragraphe 91(8) ne va pas aussi loin. Il autorise simplement, dans un sens fédéraliste, le Parlement à adopter des lois concernant les traitements et les pensions des fonctionnaires fédéraux; il n'oblige pas le Parlement à légiférer.

Toutefois, le fait d'être d'accord avec la distinction entre le caractère impératif et facultatif qui existe entre les deux dispositions n'entraîne pas nécessairement l'acceptation de la conclusion qui selon le juge Heald en découle, savoir que le Parlement doit assumer le coût total des pensions des juges des cours supérieures. Je ne vois pas comment l'absence du mot *for* dans le texte anglais de l'art. 100 entraîne cette conclusion. À mon avis, ce qui ressort clairement du mot «payés» à l'art. 100, c'est que le Parlement doit payer des traitements et des pensions aux juges des cours supérieures. Ce qui ne ressort pas clairement de ce terme, c'est une restriction constitutionnelle applicable au genre, au régime ou même au montant de ces traitements ou pensions. Compte tenu de la réalité d'aujourd'hui, suivant laquelle un grand nombre de personnes payent une partie de leurs prestations de retraite, j'estime que c'est donner

that it means that Parliament must pay every cent of the pensions of superior court judges.

In my view, strict construction is rarely controlling in constitutional interpretation. My conclusion on the respondent's 'strict construction' arguments is simply that the word 'pensions' in s. 100 of the *Constitution Act, 1867* is not limited to the type of pensions known and in existence for the judiciary in 1867 and the word 'provided' does not necessarily mean that Parliament must pay the total cost of judicial pensions. Parliament's ability to implement a widely used and accepted latter-day pension model is not constrained by either of these words in terms of their strict construction.

3. *Parliament cannot dictate how judges spend their salaries by requiring pension contributions*

The respondent's argument here is that nothing in the *Constitution Act, 1867*, including s. 100, authorizes Parliament to make any deductions from the salaries of superior court judges because such deductions constitute an unconstitutional direction as to how judges are to spend their salaries and therefore a direct interference on judicial independence. For three reasons, I cannot accept what the respondent tries to read into s. 100.

First, there is a close relationship between salaries and pensions. They are both remunerative benefits. Superior court judges are not in any sense 'employees' of anyone, including the federal government. Yet, as I have noted, they must be paid by someone and that someone, according to s. 100, is Parliament. In fulfilling its constitutional obligation to establish salaries and pensions for superior court judges, it is reasonable that Parliament would ask: what is an appropriate total benefit package and what components should constitute the package? Salary and pension must be two of the components and Parliament must consider the

une interprétation trop littérale au mot «payés» que de dire qu'il signifie que le Parlement doit payer chaque cent des pensions des juges des cours supérieures.

À mon avis, une interprétation stricte est rarement déterminante en matière d'interprétation constitutionnelle. Ma conclusion à l'égard des deux volets de l'argument de l'«interprétation stricte» invoqué par l'intimé est simplement que le mot «pensions» à l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ne se limite pas au genre de pensions connues et qui existaient pour les juges en 1867 et le mot «payés» ne signifie pas nécessairement que le Parlement doit assumer le coût total des pensions des juges. La capacité du Parlement de mettre en œuvre un modèle de pension moderne généralement utilisé et accepté n'est pas limitée par l'un ou l'autre de ces mots sur le plan de leur interprétation stricte.

3. *Le Parlement ne peut dicter aux juges la façon de dépenser leurs traitements en exigeant qu'ils contribuent à leurs pensions*

L'intimé soutient sur ce point que rien dans la *Loi constitutionnelle de 1867*, y compris l'art. 100, n'autorise le Parlement à effectuer des retenues sur les traitements des juges des cours supérieures parce que de telles retenues constituent une directive inconstitutionnelle sur la manière dont les juges doivent dépenser leurs traitements et, par conséquent, une atteinte directe à l'indépendance judiciaire. Il y a trois motifs pour lesquels je ne puis accepter l'interprétation que l'intimé tente de donner à l'art. 100.

Premièrement, il existe un rapport étroit entre les traitements et les pensions. Il s'agit dans les deux cas de prestations de rémunération. Les juges des cours supérieures ne sont d'aucune façon les «employés» de qui que ce soit, pas même du gouvernement fédéral. Il reste que, comme je l'ai souligné, ils doivent être payés par quelqu'un qui est, selon l'art. 100, le Parlement. En remplissant son obligation constitutionnelle de fixer les traitements et les pensions des juges des cours supérieures, il est raisonnable que le Parlement se pose la question suivante: qu'est-ce qui constitue un programme de prestations complet et convenable et

relationship between them. It did this in 1975; the 1975 'package' significantly raised judicial salaries and increased certain benefits but, at the same time, compelled judges to contribute to their own pension schemes. Parliament could have reached precisely the same financial result by leaving the former non-contributory pension scheme in place but not raising salaries as much as it did. No one contests that this would have been constitutional. But if that is so, I see no reason why Parliament cannot achieve the same result in the way it chose. There is nothing in the wording of s. 100 to suggest the limitation on Parliament's jurisdiction contended for by the respondent.

Indeed, there is wording in s. 100 that points the other way, which brings me to the second reason for holding against the respondent on this issue. The fatal defect of the respondent's argument is that it ignores the word 'pensions' in s. 100 of the *Constitution Act, 1867*. Although it might well be unconstitutional in most contexts for Parliament to direct how judges are to spend their salaries, the word 'pensions' in s. 100 specifically authorizes Parliament to deal with this subject-matter. In exercising that jurisdiction Parliament must legislate with respect to both the quantum and the scheme of judicial pensions. The 1975 law dealt with the scheme. Since the scheme chosen was a widely used and accepted one and since it was introduced in conjunction with other changes to judicial benefits in 1975, I see no objection to it on the ground contended for by the respondent.

Thirdly, the limitation proposed by the respondent would have nothing to do with my understanding of proper governmental respect for the independent role of the courts; neither would it bear directly upon the relationship between the judiciary and either Parliament or the executive; nor would it have any meaning in a federal-provincial sense. In short, I simply do not see any

quelles doivent en être les composantes? Les traitements et les pensions doivent être deux des composantes et le Parlement doit examiner le rapport qui existe entre elles. Il l'a fait en 1975; le «programme» de 1975 a augmenté sensiblement les traitements des juges et a augmenté certaines prestations mais, en même temps, il a obligé les juges à contribuer à leur propre régime de pensions. Le Parlement aurait pu obtenir précisément le même résultat financier en maintenant l'ancien régime de pensions sans participation mais sans augmenter les traitements comme il l'a fait. Nul ne conteste qu'une telle mesure aurait été constitutionnelle. Toutefois, s'il en est ainsi, je ne vois pas pourquoi le Parlement ne peut parvenir au même résultat de la manière qu'il a choisie. Rien dans le texte de l'art. 100 ne laisse supposer qu'il y a, comme le soutient l'intimé, une restriction à la compétence du Parlement.

En fait, certains termes utilisés dans l'art. 100 indiquent le contraire, ce qui m'amène au deuxième motif pour lequel je rejette l'argument de l'intimé sur cette question. Le défaut fatal de l'argument de l'intimé est qu'il ne tient pas compte du terme «pensions» que l'on trouve à l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Même s'il pourrait bien être inconstitutionnel dans la plupart des contextes que le Parlement dicte aux juges la façon de dépenser leur traitement, le terme «pensions» à l'art. 100 autorise expressément le Parlement à traiter de cette question. En exerçant ce pouvoir, le Parlement doit légiférer en ce qui a trait à la fois au montant et au régime des pensions des juges. La loi de 1975 traitait du régime. Étant donné que le régime choisi était généralement utilisé et accepté et puisqu'il a été introduit conjointement avec d'autres modifications aux prestations des juges en 1975, je suis incapable de m'y opposer pour le motif invoqué par l'intimé.

Troisièmement, la restriction que propose l'intimé n'aurait rien à avoir avec ma conception du respect que doit avoir le gouvernement à l'égard du rôle indépendant des tribunaux; elle ne porterait pas non plus directement sur le rapport qui existe entre le pouvoir judiciaire et le Parlement ou le pouvoir exécutif; elle serait également vide de sens dans un contexte fédéral-provincial. Bref, je ne

conceptual, principled or practical reason for drawing a line in the place contended for by the respondent.

For all of these reasons I conclude that s. 29.1 of the *Judges Act* does not violate s. 100 of the *Constitution Act, 1867*.

VII

Section 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* and s. 29.1 of the *Judges Act*

For convenience of reference I set out again the relevant part of s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*:

> **1.** It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,
>
> . . .
>
> (*b*) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

I commence by noting that the respondent calls this his subsidiary argument and that it was dismissed by all four of the judges of the Federal Court, Trial Division and Federal Court of Appeal who heard the case.

The respondent's argument is not that he or other superior court judges are being treated differently and more harshly than other Canadians. As discussed above, because of the broad use throughout the country of contributory pension schemes, such an argument would not be possible. Rather, the respondent's argument is that s. 29.1 of the *Judges Act* treats him more harshly than other superior court judges and that s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* protects him from this treatment.

The fact situation underlying this claim is somewhat complex and needs to be understood clearly before proceeding. There are three, not two, categories of judges affected by s. 29.1 of the *Judges Act* because, although the section was introduced into Parliament on February 17, 1975 and that date was selected as the cut-off for imposition of the contributory payments on judges, the

vois simplement aucune raison pratique, théorique ou de principe de tracer une ligne à l'endroit proposé par l'intimé.

Pour tous ces motifs, je conclus que l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* ne viole pas l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

VII

L'alinéa 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits* et l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges*

Afin de faciliter le renvoi je cite de nouveau la partie pertinente de l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*:

> **1.** Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:
>
> . . .
>
> *b*) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

Je commence par souligner que l'intimé appelle cela son argument subsidiaire et qu'il a été rejeté par tous les quatre juges de la Cour fédérale, Division de première instance, et de la Cour d'appel fédérale qui ont entendu l'affaire.

L'argument de l'intimé ne porte pas que lui-même ou les autres juges des cours supérieures sont traités différemment et plus durement que les autres Canadiens. Comme je l'ai déjà mentionné, étant donné l'usage répandu dans tout le pays des régimes de pensions avec participation, un tel argument ne tiendrait pas. L'argument de l'intimé porte plutôt que l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* le traite plus durement que d'autres juges des cours supérieures et que l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits* le protège contre ce traitement.

La situation de fait qui est à l'origine de cette affirmation est quelque peu complexe et doit être clarifiée avant de continuer. Il y a trois et non deux catégories de juges touchés par l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* parce que, bien que l'article ait été présentée au Parlement le 17 février 1975 et que cette date ait été choisie comme la date limite pour l'imposition des contributions des juges, l'ar-

section was not enacted until December 20, 1975. Accordingly, the three categories of judges are:

1. Judges appointed before February 17, 1975 (they are 'grandfathered' from the contributory schemes in s. 29.1(2); they must, however, pay 1½ per cent of their salaries toward improving pension benefits for their spouses and children).

2. Judges appointed after December 20, 1975 (the law would be in force; they must pay under s. 29.1(2) of the Act).

3. Judges appointed after February 17, 1975 but before December 20, 1975 (the law would not be in force when they were appointed but, once enacted, it purports to reach backward and apply to them).

The respondent is in the third category which, I understand, consists of a relatively small number of judges.

The respondent's argument is that "equality before the law" in s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* prohibits the different statutory treatment of some judges *vis-à-vis* other judges with respect to their pensions. In assessing this argument it is important to be aware of the cases in which s. 1(*b*) has been considered by this Court and the conclusion reached in each such case.

Only in *R. v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, did a majority of the Court hold a federal statute to be inconsistent with s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*. In that case, a provision of the *Indian Act* made it an offence for an Indian to be intoxicated outside an Indian reserve. The gist of Ritchie J.'s reasons is summarized in the following passage at p. 297:

> . . . I am therefore of opinion that an individual is denied equality before the law if it is made an offence punishable at law, on account of his race, for him to do something which his fellow Canadians are free to do without having committed any offence or having been made subject to any penalty.

ticle n'a pas été adoptée avant le 20 décembre 1975. Par conséquent, les trois catégories de juges sont les suivantes:

1. Les juges nommés avant le 17 février 1975 (ils sont exclus des régimes de pensions avec participation que prévoit le par. 29.1(2) pour préserver le statu quo; toutefois, ils doivent payer 1,5 pour cent de leur traitement pour améliorer les prestations de pensions pour leurs conjoints et leurs enfants).

2. Les juges nommés après le 20 décembre 1975 (après l'entrée en vigueur de la loi; ils doivent payer en vertu du par. 29.1(2) de la Loi).

3. Les juges nommés après le 17 février 1975, mais avant le 20 décembre 1975 (la loi n'était pas en vigueur lorsqu'ils ont été nommés mais, une fois adoptée, elle leur serait devenue applicable rétroactivement).

L'intimé se situe dans la troisième catégorie qui, d'après ce que je comprends, est composée d'un nombre relativement peu élevé de juges.

L'intimé fait valoir que «l'égalité devant la loi» prévue par l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits* interdit au législateur d'accorder à certains juges un traitement en matière de pensions différent de celui réservé à d'autres juges. En appréciant cet argument, il importe d'être au courant des affaires dans lesquelles l'al. 1*b*) a été examiné par cette Cour et de la conclusion tirée dans chacun de ces cas.

Seul dans l'arrêt *R. c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, cette Cour à la majorité a-t-elle jugé une loi fédérale incompatible avec l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*. Dans cette affaire, il était question d'une disposition de la *Loi sur les Indiens*, selon laquelle constituait une infraction le fait pour un Indien d'être ivre hors d'une réserve. L'essentiel des motifs du juge Ritchie est résumé dans le passage suivant, à la p. 297:

> J'en conclus donc qu'une personne est privée de l'égalité devant la loi, si pour elle, à cause de sa race, un acte qui, pour ses concitoyens canadiens, n'est pas une infraction et n'appelle aucune sanction devient une infraction punissable en justice.

There is not the faintest resemblance between *Drybones*, which involved racial discrimination regarding a quasi-criminal offence, and the present case, which involves a legislative distinction on the basis of the appointment date of judges.

In *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349, the Court had occasion to consider another provision of the *Indian Act*. The legislation under review stipulated that an Indian woman who married a non-Indian man lost her Indian status, although an Indian man who married a non-Indian woman retained his Indian status. A majority of the Court held that this did not offend "equality before the law" under s. 1(*b*).

A third provision of the *Indian Act* was assessed against s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* in *Attorney General of Canada v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170. In this case the legislation denied the widow of a deceased Indian the right to administer the estate of her late husband. A majority of the Court rejected the claim that such differential treatment of Indians violated the equality provision of the *Canadian Bill of Rights*, noting that this type of legislative distinction was within federal competence under s. 91(24) of the *Constitution Act, 1867*.

In *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693, the majority again found no violation of equality before the law under the *Canadian Bill of Rights*. A provision in the *Prisons and Reformatories Act* called for sentences of "indeterminate" length for offenders under the age of twenty-two. A person older than twenty-two would not in the circumstances have been subjected to indeterminate sentences under the *Criminal Code*. The law had application only in Ontario and British Columbia since the requisite special correctional facilities were unavailable in other provinces. The legislation thus created distinctions on the basis of both

Il n'y a pas la moindre ressemblance entre l'affaire *Drybones*, où il était question de discrimination raciale dans le contexte d'une infraction quasi criminelle, et la présente instance, où il s'agit d'une distinction établie par le législateur en fonction de la date de nomination de juges.

Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, cette Cour a été appelée à étudier une autre disposition de la *Loi sur les Indiens*. Suivant cette disposition, une Indienne qui épousait un non-Indien perdait son statut d'Indienne, tandis qu'un Indien qui épousait une non-Indienne conservait son statut d'Indien. La Cour à la majorité a conclu que cela ne constituait pas une atteinte au droit à «l'égalité devant la loi» reconnu par l'al. 1*b*).

Dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170, une troisième disposition de la *Loi sur les Indiens* a été examinée en fonction de l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*. La disposition législative en cause dans cette affaire refusait à la veuve d'un Indien le droit d'administrer la succession de celui-ci. La Cour a la majorité a rejeté l'argument selon lequel un tel traitement distinctif réservé aux Indiens constituait une violation du droit à l'égalité énoncé par la *Déclaration canadienne des droits* et a fait remarquer que le par. 91(24) de la *Loi constitutionnelle de 1867* habilitait le Parlement fédéral à établir ce type de distinction dans une loi.

Dans l'arrêt *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693, la Cour à la majorité a conclu une fois de plus qu'il n'y avait pas eu d'atteinte au droit à l'égalité devant la loi énoncé par la *Déclaration canadienne des droits*. Une disposition de la *Loi sur les prisons et les maisons de correction* prévoyait des peines d'emprisonnement d'une durée «indéterminée» pour les contrevenants âgés de moins de vingt-deux ans. Or, dans les mêmes circonstances, le *Code criminel* ne rendait pas une personne de plus de vingt-deux ans passible d'une peine d'une durée indéterminée. La loi en cause ne s'appliquait qu'en Ontario et en Colombie-Britannique parce que les autres provinces ne disposaient pas des établissements correctionnels spéciaux nécessaires. La Loi établissait donc des distinctions fondées à la fois sur l'âge et sur la province de résidence. Le

age and province of residence. Martland J., writing for the majority, noted at p. 702:

> I am not prepared to accept the respondent's submission as to the meaning of the phrase "equality before the law" in s. 1(*b*) of the *Bill of Rights*. Section 1 of the Bill declared that six defined human rights and freedoms "have existed" and that they should "continue to exist". All of them had existed and were protected under the common law. The Bill did not purport to define new rights and freedoms. What it did was to declare their existence in a statute, and, further, by s. 2, to protect them from infringement by any federal statute.

He referred with approval to the passage in the judgment of Ritchie J. in *Lavell*, in which equality before the law was said to mean that the law must apply to all individuals without exemption from the duty to obey it. Martland J. also quoted with approval the following passage from *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889 at p. 899:

> ... compelling reasons ought to be advanced to justify the Court in this case to employ a statutory (as contrasted with a constitutional) jurisdiction to deny operative effect to a substantive measure duly enacted by a Parliament constitutionally competent to do so, and exercising its powers in accordance with the tenets of responsible government, which underlie the discharge of legislative authority under the *British North America Act*.

The majority concluded with the observation that in order to have succeeded Burnshine would have to have demonstrated that Parliament was not seeking to achieve a "valid federal objective".

In *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376, the appellant claimed that a limitation on the discretionary power of the Immigration Appeal Board to quash a deportation order on compassionate grounds was contrary to equality before the law. The limitation was triggered by the filing of a certificate by the Minister, based upon intelligence reports, that it would be contrary to the national interest for the Board to so exercise its discretion. The prospective

juge Martland, s'exprimant au nom de la majorité, fait remarquer, à la p. 702:

> Je ne suis pas prêt à accepter la prétention de l'intimé quant à la signification de la phrase «égalité devant la loi» dans l'al. *b*) de l'art. 1 de la *Déclaration des droits*. L'art. 1 de la *Déclaration* déclare que des droits de l'homme et des libertés fondamentales, au nombre de six, «ont existé» et qu'ils devraient «continuer à exister». Tous ces droits et libertés existaient et étaient protégés sous le régime de la *common law*. Le but de la *Déclaration* n'est pas de définir de nouveaux droits ou de nouvelles libertés. Ce qu'elle fait est de proclamer leur existence dans une loi, et, de plus, par l'art. 2, de les protéger contre la transgression par une loi fédérale, quelle qu'elle soit.

Il a mentionné en l'approuvant le passage des motifs du juge Ritchie dans l'affaire *Lavell*, où on dit que l'égalité devant la loi signifie que celle-ci doit s'appliquer à tous sans que personne ne soit exempté de l'obligation d'y obéir. Le juge Martland a également cité en l'approuvant l'extrait suivant de l'arrêt *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, aux pp. 899 et 900:

> ... il faudrait avancer des raisons convaincantes pour que la Cour soit fondée à exercer en l'espèce une compétence conférée par la loi (par opposition à une compétence conférée par la constitution) pour enlever tout effet à une disposition de fond dûment adoptée par un Parlement compétent à cet égard en vertu de la constitution et exerçant ses pouvoirs conformément au principe du gouvernement responsable, lequel constitue le fondement de l'exercice du pouvoir législatif en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*.

La Cour à la majorité a conclu en faisant observer que, pour obtenir gain de cause, il aurait fallu que Burnshine démontre que le Parlement ne cherchait pas à réaliser un «objectif fédéral régulier ou valable».

Dans l'affaire *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376, l'appelant a fait valoir qu'une restriction imposée au pouvoir discrétionnaire de la Commission d'appel de l'immigration d'annuler une ordonnance d'expulsion pour des motifs de compassion allait à l'encontre de l'égalité devant la loi. La restriction s'appliquait dès le dépôt par le Ministre d'un certificat, fondé sur des rapports de police, portant qu'il serait contraire à l'intérêt national que la

deportee had no statutory right to a hearing to go behind the Minister's certificate to challenge the accuracy of the intelligence reports. The Court disposed of the s. 1(*b*) claim easily, saying that the limitation sought to achieve a valid federal objective.

Bliss v. Attorney General of Canada, [1979] 1 S.C.R. 183, involved provisions in the *Unemployment Insurance Act, 1971* which denied the standard unemployment insurance benefits to persons whose employment was interrupted by pregnancy. Although the Act provided maternity benefits, it required a longer qualification period for maternity benefits than for standard benefits. Mrs. Bliss had satisfied the qualification period for standard benefits, but not for maternity benefits. In holding that these provisions did not offend the appellant's right to equality before the law, the judgment of the Court, delivered by Ritchie J., emphasized that s. 91 of the *British North America Act, 1867* had been amended in 1940 by the addition of unemployment insurance as a class of subjects reserved to Parliament. Since the impugned legislation was an integral part of Parliament's unemployment insurance scheme it was enacted for the purpose of achieving a valid federal objective. Ritchie J. also quoted the excerpt from *Curr* which I have reproduced above.

The last case is *MacKay v. The Queen, supra*. The legislation under review created a special criminal procedure and forum for servicemen charged with criminal offences. Amongst other attributes, the court martial procedure deprived the accused serviceman of a preliminary hearing, the right to a jury trial, and in some circumstances the plea of *autrefois convict*. The majority judgment again relied on the "valid federal objective" test in denying any conflict between the *National Defence Act* and s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*.

Commission exerce ainsi son pouvoir discrétionnaire. La loi ne conférait à la personne visée par l'ordonnance d'expulsion aucun droit à une audience pour vérifier le certificat du Ministre et pour contester l'exactitude des rapports susmentionnés. Quant à l'argument fondé sur l'al. 1*b*), la Cour a conclu sans difficulté que la restriction visait la réalisation d'un objectif fédéral régulier.

L'arrêt *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, concernait des dispositions de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* qui refusait les prestations ordinaires d'assurance-chômage aux personnes qui avaient dû cesser de travailler pour cause de grossesse. La Loi prévoyait des prestations de maternité, mais la période de référence ouvrant droit à celles-ci était plus longue que dans le cas des prestations ordinaires. M^me^ Bliss avait travaillé assez longtemps pour toucher des prestations ordinaires, mais pas assez pour recevoir des prestations de maternité. En concluant que les dispositions en cause ne portaient pas atteinte au droit de l'appelante à l'égalité devant la loi, la Cour, dont le jugement a été rendu par le juge Ritchie, a souligné que l'art. 91 de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique, 1867* avait été modifié en 1940 par l'ajout de l'assurance-chômage comme chef de compétence exclusive du Parlement. Puisque les dispositions attaquées faisaient partie intégrante du régime d'assurance-chômage du Parlement, il s'ensuivait qu'elles avaient été adoptées pour atteindre un objectif fédéral régulier. Le juge Ritchie a en outre cité l'extrait de l'arrêt *Curr* que j'ai déjà reproduit.

Examinons en dernier lieu l'arrêt *MacKay c. La Reine*, précité. La loi en cause dans cette affaire créait une procédure criminelle et un tribunal spéciaux pour les militaires accusés d'infractions criminelles. La procédure devant la cour martiale avait notamment comme caractéristique de priver les militaires inculpés de la tenue d'une enquête préliminaire, du droit à un procès devant un jury et, dans certaines circonstances, de la possibilité d'invoquer le plaidoyer d'autrefois convict. La Cour à la majorité s'est de nouveau fondée sur le critère de l'«objectif fédéral régulier ou valable» pour affirmer que la *Loi sur la défense nationale* n'était pas incompatible avec l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*.

This short history of "equality before the law" under s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* demonstrates that a majority of the Court was never prepared to review impugned legislation according to an exacting standard which would demand of Parliament the most carefully tailored, finely crafted legislation. On the contrary, a majority of the Court was consistently prepared to look in a general way to whether the legislation was in pursuit of a valid federal legislative objective. This approach was followed in cases involving legislative distinctions on the basis of race, sex and age, and in cases involving profoundly important interests of the person asserting the equality right. The passages which I have quoted from these cases indicate that the Court was concerned with the merely statutory status of the *Canadian Bill of Rights* and the declaratory nature of the rights it conferred. I believe the day has passed when it might have been appropriate to re-evaluate those concerns and to reassess the direction this Court has taken in interpreting that document.

Il se dégage de ce bref historique du droit à «l'égalité devant la loi» reconnu par l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits* que la majorité en cette Cour ne s'est jamais montrée disposée à réviser une loi contestée en fonction d'une norme sévère qui exigerait du législateur fédéral qu'il apporte à la rédaction législative le plus de soin et le plus de minutie possible. Au contraire, la majorité a été toujours prête à se demander si, de façon générale, la loi visait à atteindre un objectif législatif fédéral régulier ou valable. Cette attitude a été adoptée dans des affaires où il était question de distinctions législatives fondées sur la race, le sexe et l'âge, ainsi que dans des affaires mettant en cause des intérêts extrêmement importants de la personne invoquant le droit à l'égalité. Les extraits de ces arrêts, que j'ai cités, révèlent que la Cour s'est préoccupée du statut de simple texte législatif de la *Déclaration canadienne des droits* et de la nature déclaratoire des droits qu'elle confère. Or, je crois que le temps est révolu où il aurait pu convenir de procéder à une réévaluation de ces préoccupations et de l'orientation que la Cour a adoptée dans l'interprétation de ce document.

Against this background of previous cases under s.1(b), the questions in this appeal are: Was it discriminatory for Parliament to choose any cut-off date in s. 29.1 of the *Judges Act*? Was the specific cut-off date chosen, February 17, 1975, legal?

Compte tenu de cette jurisprudence relative à l'al. 1*b*), les questions qui se posent dans le présent pourvoi sont les suivantes: Le Parlement pouvait-il sans commettre de discrimination choisir n'importe quelle date limite dans l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges*? La date limite précise qui a été choisie, savoir le 17 février 1975, était-elle fondée en droit?

I have no trouble with the first question. Parliament could have imposed the new scheme on all superior court judges, including those appointed before 1975. However, taking into account the settled expectations of those earlier appointees, Parliament decided to 'grandfather' them. I can see no objection to this decision. Nor, in fairness, does the respondent. His complaint is not so much against the 'old judge/new judge' line drawn by Parliament. Rather, his complaint is against Parliament's assignment of him, by virtue of the February 17, 1975 cut-off date, to the 'new judge' side of the line.

La première question ne me pose aucune difficulté. Le Parlement aurait pu imposer le nouveau régime à tous les juges des cours supérieures, y compris ceux nommés avant 1975. Toutefois, compte tenu des attentes fondées de ces juges, le Parlement a décidé de les exclure pour préserver le statu quo. Je ne vois aucune objection à cette décision, pas plus que l'intimé en toute équité. Celui-ci ne se plaint pas tant de la ligne de démarcation établie par le Parlement entre «les anciens juges et les nouveaux juges». Il se plaint plutôt de ce que le Parlement l'a placé, en vertu de la date limite du 17 février 1975, dans le groupe des «nouveaux juges».

That brings me to the second question, which is whether the February 17, 1975 cut-off date chosen by Parliament and reflected in s. 29.1 of the *Judges' Act* unlawfully discriminates against the respondent. I cannot see how it does. Once it is accepted that the general substance of the law is consistent with the valid federal objective of providing for remuneration of s. 96 judges and that it is not discriminatory of Parliament to draw some line between present incumbents and future appointees, I do not think the jurisprudence I have summarized above allows the courts to be overly critical in reviewing the precise line drawn by Parliament in *Canadian Bill of Rights* cases. Some line is fair and is not discriminatory. From the respondent's perspective a line drawn on December 20, 1975 would obviously be preferable. But that does not mean that the choice of a different date, February 17, 1975, is illegal. In light of the validity of the overall policy reflected in the 1975 amendments and the legality and fairness of Parliament's attempt to protect the settled expectations of incumbent judges, I cannot say that the choice of February 17, 1975 as the cut-off date was contrary to the *Canadian Bill of Rights*.

For these reasons, I conclude that s. 29.1 of the *Judges Act* does not violate s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*. Accordingly, in my view, neither Addy J. at trial nor any of the justices of the Federal Court of Appeal erred in this aspect of their judgments.

VIII

Conclusion

I would answer the constitutional questions stated in this appeal as follows:

1. Question: Is section 29.1 of the *Judges Act*, as amended by s. 100 of the *Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 81, inconsistent with s. 100 of the *Constitution Act, 1867* and,

Cela m'amène à la deuxième question, qui est de savoir si la date limite du 17 février 1975 choisie par le Parlement et indiquée à l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* établit une distinction injuste et illégale contre l'intimé. Je ne puis voir comment cela est possible. Une fois que l'on a admis que l'esprit général de la loi est compatible avec l'objectif fédéral régulier qui consiste à pourvoir à la rémunération des juges visés par l'art. 96 et que le Parlement n'établit pas de distinction injuste en traçant une certaine ligne entre les juges qui sont actuellement en fonction et ceux qui seront nommés à l'avenir, je ne crois pas que la jurisprudence résumée plus haut autorise les tribunaux à être trop critiques en examinant la ligne précise tracée par le Parlement dans les affaires relevant de la *Déclaration canadienne des droits*. Une certaine ligne est juste et n'est pas discriminatoire. Du point de vue de l'intimé, il aurait été de toute évidence préférable de tracer une ligne le 20 décembre 1975. Mais cela ne signifie pas que le choix d'une date différente, le 17 février 1975, soit illégal. Compte tenu de la validité de la politique globale qui ressort des modifications de 1975, et de la légalité et du caractère équitable de la tentative du Parlement de protéger les attentes fondées des juges qui étaient déjà en fonction, je ne puis dire que le choix du 17 février 1975 comme date limite était contraire à la *Déclaration canadienne des droits*.

Pour ces motifs, je conclus que l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* ne viole pas l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*. Par conséquent, j'estime que ni le juge Addy en première instance ni aucun des juges de la Cour d'appel fédérale n'ont commis d'erreur à cet égard dans leurs jugements.

VIII

Conclusion

Je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles formulées dans le présent pourvoi:

1. Question: L'article 29.1 de la *Loi sur les juges*, telle que modifiée par l'art. 100 de la *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)*, S.C. 1974-75-76, chap. 81, est-il incompatible avec l'art. 100 de la

therefore, in whole or in part, *ultra vires* the Parliament of Canada?

Answer: No.

2. Question: Is section 29.1 of the *Judges Act* as amended by s. 100 of the *Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 81, inconsistent with s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* and to the extent of the inconsistency is it of no force or effect?

Answer: No.

The appeal should be allowed, the judgments below set aside and the action dismissed. There should be no costs payable in this Court or in the courts below.

The reasons of Beetz and McIntyre JJ. were delivered by

BEETZ J. (dissenting in part)—This is an appeal from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1984] 1 F.C. 1010 (Thurlow C.J., Heald J., concurring in the result but for different reasons, and Pratte J., dissenting), which upheld (but on different grounds) the judgment of the Federal Court, Trial Division, [1981] 2 F.C. 543, wherein Addy J. ordered and declared that s. 29.1(2) of the *Judges Act*, R.S.C. 1970, c. J-1, as amended by s. 100 of the *Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 81, is, in so far as the respondent is concerned, *ultra vires* the Parliament of Canada.

I—The Facts

As was put by the trial judge (at p. 545):

> The facts in this case are undisputed: no witnesses were called and the case was tried on the basis of admissions in the pleadings, an agreed statement of facts and certain exhibits which were filed on consent.

On July 24, 1975, the respondent, now a judge of the Quebec Court of Appeal, accepted to be and was appointed a puisne judge of the Superior Court for the District of Montréal, with, as stated

Loi constitutionnelle de 1867 et, par conséquent, en totalité ou en partie *ultra vires* du Parlement du Canada?

Réponse: Non.

2. Question: L'article 29.1 de la *Loi sur les juges*, telle que modifiée par l'art. 100 de la *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)*, S.C. 1974-75-76, chap. 81, est-il incompatible avec l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits* et inopérant dans la mesure de cette incompatibilité?

Réponse: Non.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler les jugements des cours d'instance inférieure et de rejeter l'action. Aucuns dépens ne sont accordés en cette Cour ni dans les cours d'instance inférieure.

Version française des motifs des juges Beetz et McIntyre rendus par

LE JUGE BEETZ (dissident en partie)—Il s'agit d'un pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1984] 1 C.F. 1010 (le juge en chef Thurlow, le juge Heald, qui est arrivé à la même conclusion mais pour des raisons différentes, et le juge Pratte, dissident), qui a confirmé (mais pour des motifs différents) le jugement de la Division de première instance de la Cour fédérale, [1981] 2 C.F. 543, dans lequel le juge Addy a déclaré que le par. 29.1(2) de la *Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, chap. J-1, modifiée par l'art. 100 de la *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)*, S.C. 1974-75-76, chap. 81, est, dans la mesure où l'intimé est concerné, *ultra vires* du Parlement du Canada.

I—Les faits

Comme l'a dit le juge de première instance (à la p. 545):

> Les faits ne sont pas contestés: aucun témoin n'a été cité et l'affaire a été jugée à partir d'admissions faites dans les actes de procédure, d'un exposé conjoint des faits et de certaines pièces qui furent déposées sur consentement.

Le 24 juillet 1975, l'intimé, maintenant juge de la Cour d'appel du Québec, a accepté d'être nommé juge puîné de la Cour supérieure pour le district de Montréal, avec, comme le déclarent les

in the commission issued to him under the Great Seal of Canada in the name of Her Majesty the Queen,

> . . . all and every the powers, rights, authority, privileges, profits, emoluments and advantages unto the said office of right and by law appertaining during your good behaviour . . . .

On the date of the respondent's appointment, the *Judges Act*, R.S.C. 1970, c. J-1, as amended by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 16; S.C. 1972, c. 17: S.C. 1973-74, c. 17; S.C. 1974-75-76, c. 19; S.C. 1974-75-76, c. 48, and the *Supplementary Retirement Benefits Act*, R.S.C. 1970 (1st Supp.), c. 43 as amended by R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 30 and by S.C. 1973-74, c. 36, provided that puisne judges of the Superior Court in and for the Province of Quebec enjoyed the following "profits, emoluments and advantages":

1. Global salaries of $53,000 (*Judges Act*, as amended, ss. 9 and 20);
2. Non-contributory retirement annuities (*Judges Act*, as amended, s. 23);
3. Non-contributory annuities for the judges' widows and children (*Judges Act*, as amended, s. 25);
4. Non-contributory supplementary retirement benefits (the *Supplementary Retirement Benefits Act* as amended).

The *Judges Act* was enacted pursuant to s. 100 of the *Constitution Act, 1867* which provides:

> **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.

It will be observed that the pensions of judges' widowed spouses and children are not a benefit mentioned in s. 100 of the *Constitution Act, 1867*.

lettres patentes qui lui ont été délivrées sous le Grand Sceau du Canada au nom de Sa Majesté la Reine,

> . . . tous les pouvoirs, droits, autorisations, prérogatives, bénéfices, émoluments et avantages attachés de droit et de par la loi auxdites fonctions durant votre bonne conduite . . .

À la date de la nomination de l'intimé, la *Loi sur les juges*, S.R.C. 1970, chap. J-1, modifiée par S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 16; S.C. 1972, chap. 17; S.C. 1973-74, chap. 17; S.C. 1974-75-76, chap. 19; S.C. 1974-75-76, chap. 48, et la *Loi sur les prestations de retraite supplémentaires*, S.R.C. 1970 (1er Supp.), chap. 43, modifiée par S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 30 et par S.C. 1973-74, chap. 36, prévoyaient que les juges puînés de la Cour supérieure de la province de Québec jouissaient des «bénéfices, émoluments et avantages» suivants:

1. Des traitements globaux de 53 000 $ (*Loi sur les juges*, telle que modifiée, art. 9 et 20);
2. Pensions de retraite sans participation des intéressés (*Loi sur les juges*, telle que modifiée, art. 23);
3. Des pensions sans participation des intéressés pour les conjoints survivants et les enfants de juges décédés (*Loi sur les juges*, telle que modifiée, art. 25);
4. Prestations de retraite supplémentaires sans participation des intéressés (*Loi sur les prestations de retraite supplémentaires*, telle que modifiée).

La *Loi sur les juges* a été adoptée conformément à l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, dont voici le texte:

> **100.** Les salaires, allocations et pensions des juges des cours supérieures, de district et de comté (sauf les cours de vérification dans la Nouvelle-Écosse et le Nouveau-Brunswick) et des cours de l'Amirauté, lorsque les juges de ces dernières sont alors salariés, seront fixés et payés par le parlement du Canada.

On peut constater que les pensions des conjoints survivants et des enfants de juges décédés ne constituent pas un avantage mentionné à l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Subsequent to the date of his appointment, namely from July 24 to December 20, 1975, the respondent's net monthly income was calculated and paid on the basis of the foregoing salary of $53,000 per annum, the same salary as that of all his fellow puisne judges of the Quebec Superior Court. In addition, he was not required any more than any one of them to contribute or pay anything towards the cost of his pension or that of his widow and children.

On December 20, 1975, approximately five months after the respondent's appointment, Parliament enacted the legislative provisions impugned in this case, s. 29.1 of the *Judges Act*, added to this Act by s. 100 of the *Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 81, an enactment which, it is important to note, was introduced in the House of Commons and given first reading on February 17, 1975.

Section 29.1 of the *Judges Act* provides in part:

29.1 (1) Every judge appointed before the 17th day of February, 1975 to hold office as a judge of a superior or county court shall, by reservation from his salary under this Act, contribute to the Consolidated Revenue Fund one and one-half per cent of his salary.

(2) Every judge appointed after the 16th day of February, 1975 to hold office as a judge of a superior or county court, to whom subsection (1) does not apply, shall, by reservation from his salary under this Act.

(*a*) contribute to the Consolidated Revenue Fund an amount equal to six per cent of his salary; and

(*b*) contribute to the Supplementary Retirement Benefits Account established in the accounts of Canada pursuant to the *Supplementary Retirement Benefits Act*,

(i) prior to 1977, an amount equal to one-half of one per cent of his salary, and

(ii) commencing with the month of January 1977, an amount equal to one per cent of his salary.

Here is how the trial judge characterized the effect of s. 29.1(2) upon the respondent:

Its effect was to oblige the plaintiff thenceforth to contribute six per cent of his salary toward the cost of his own retirement and the annuities for his widow and children as well as one-half of one per cent prior to the 1st of January, 1977 and thereafter one per cent, for the

Postérieurement à la date de sa nomination, plus précisément du 24 juillet au 20 décembre 1975, le traitement mensuel net de l'intimé fut calculé et payé en fonction du traitement annuel susmentionné de 53 000 $, soit le même traitement que celui que touchaient tous ses collègues juges puînés de la Cour supérieure du Québec. De plus, il n'était pas tenu, pas plus qu'eux, de contribuer aux coûts de sa pension ou de celle de son conjoint survivant et de ses enfants.

Le 20 décembre 1975, environ cinq mois après la nomination de l'intimé, le Parlement a adopté les dispositions législatives attaquées en l'espèce, savoir l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges*, ajouté à cette loi par l'art. 100 de la *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)*, S.C. 1974-75-76, chap. 81, une mesure législative qui, il importe de le souligner, a été déposée devant la Chambre des communes et est passée en première lecture le 17 février 1975.

L'article 29.1 de la *Loi sur les juges* prévoit notamment:

29.1 (1) Les juges nommés avant le 17 février 1975 à une cour supérieure ou de comté versent au Fonds du revenu consolidé une contribution égale à un et demi pour cent de leur traitement, faite sous forme de retenue.

(2) Les juges nommés après le 16 février 1975 à une cour supérieure ou de comté versent, sous forme de retenue,

a) au Fonds du revenu consolidé une contribution égale à six pour cent de leur traitement; et

b) au Compte de prestations de retraite supplémentaires, établi dans les Comptes du Canada conformément à la *Loi sur les prestations de retraite supplémentaires*, une contribution égale

(i) à un demi de un pour cent de leur traitement, avant 1977, et

(ii) à un pour cent de leur traitement, à compter de 1977.

Voici comment le juge de première instance a décrit l'effet du par. 29.1(2) sur l'intimé:

[Il] a eu pour effet d'obliger le demandeur à verser désormais six pour cent de son traitement à titre de cotisation à sa propre pension de retraite et aux pensions de son conjoint survivant et de ses enfants ainsi qu'un demi de un pour cent avant le 1er janvier 1977 et de un

indexing of retirement annuities under the *Supplementary Retirement Benefits Act*. He thus suffered a reduction of seven per cent of the salary to which he was entitled as of the date of his appointment and for some five months following that appointment.

The extent of a more global effect upon the respondent has been agreed upon by the parties in the pleadings as amended by the agreed statement of facts:

The Plaintiff's contribution towards his retirement pension plan for the year 1977 will amount to $3,815.00 and for the year of 1978 to $3,955.00 and in subsequent years such contribution, it is to be expected, will be calculated on any and all adjustments to the Plaintiff's salary. On the assumption that the Plaintiff retires at the minimum age of 65, after 27 years in office, his contribution towards such annuities and supplementary retirement benefits will be at least $100,000.00 and in the light of adjustments from time to time to the Plaintiff's salary, his contribution is likely to be in the order of $125,000.00.

. . .

Upon his retirement, the Plaintiff's minimum contribution of $3,815.00 per annum with interest compounded annually using a rate of interest of ten per cent per annum will have established in the hands of the defendant a capital sum in the order of $400,000.00 an amount more than sufficient to take care of the Plaintiff's retirement annuities and the Plaintiff's supplementary retirement benefits.

On the other hand all the respondent's fellow puisne judges of the Superior Court appointed before February 17, 1975 and who until then had received the same salary as that of the respondent and had not been required to contribute and pay anything towards the cost of their pensions or that of their widowed spouses and children, remained entitled to the same salary as well as dispensed from contributions except, under s. 29.1(1), to the extent of one and one-half per cent of their salary, a contribution described as being "in respect of the cost of the improved annuities for widowed spouses and other dependants" in a letter sent on February 17, 1975, by the Minister of Justice and Attorney General of Canada to all federally appointed judges.

pour cent par la suite au titre de l'indexation des pensions de retraite conformément à la *Loi sur les prestations de retraite supplémentaires*. Le traitement auquel il avait droit à la date de sa nomination et pendant quelque cinq mois par la suite a donc subi une réduction de sept pour cent.

Les parties se sont entendues sur l'étendue d'un effet plus global sur l'intimé dans les procédures écrites modifiées par l'exposé conjoint des faits:

[TRADUCTION] La contribution du demandeur à son régime de pension de retraite pour l'année 1977 s'élèvera à 3 815 $ et pour l'année 1978 à 3 955 $. Pour les années subséquentes, on peut s'attendre à ce que cette contribution soit calculée en fonction de tout rajustement du traitement du demandeur. À supposer que le demandeur se retire à l'âge minimal de 65 ans, après 27 années en fonction, sa contribution à ces pensions et à ces prestations de retraite supplémentaires sera d'au moins 100 000 $ et, compte tenu des rajustements apportés à l'occasion au traitement du demandeur, sa contribution atteindra vraisemblablement les 125 000 $.

. . .

Lorsque le demandeur prendra sa retraite, sa contribution annuelle minimale de 3 815 $ avec intérêts composés annuellement calculés au taux de dix pour cent l'an aura permis à la défenderesse d'accumuler un capital de l'ordre de 400 000 $, somme plus que suffisante pour pourvoir aux pensions de retraite et aux prestations de retraite supplémentaires du demandeur.

Par contre, tous ses collègues juges puînés de la Cour supérieure nommés avant le 17 février 1975, qui avaient jusqu'alors touché le même traitement que l'intimé sans être obligés de contribuer aux coûts de leurs pensions ou de celles de leurs conjoints survivants et de leurs enfants, continuaient d'avoir droit au même traitement, tout en étant exemptés de toute contribution, sauf celle de un et demi pour cent de leur traitement prévue au par. 29.1(1), laquelle, dans une lettre en date du 17 février 1975 envoyée par le ministre de la Justice et Procureur général du Canada à tous les juges nommés par le gouvernement fédéral, est décrite comme étant [TRADUCTION] «au titre du coût de l'amélioration des pensions destinées aux conjoints survivants et autres personnes à charge».

In other words, the new measure "grandfathered" incumbent superior court judges, but it did not "grandfather" them all; a small minority of them, including the respondent, that is those appointed after February 16, 1975, but before December 20, 1975, were not so "grandfathered": the impugned provisions were not in force when these judges were appointed, but they were retroactive to the date of first reading and reached the judges in question *ex post facto* on the date of enactment. Until the latter date, the respondent belonged to the class of incumbent puisne superior court judges, all the members of which were treated equally under the *Judges Act*. With respect to non-contributory and contributory retirement annuities, the impugned enactment transferred him from that class into the class of judges who were not incumbent judges at the time of the enactment and who were not treated as favourably as judges who had been "grandfathered". The respondent was no longer the equal of his colleagues. Where there had been equality, the impugned provisions introduced inequality.

En d'autres termes, la nouvelle mesure excluait les juges de cour supérieure déjà en fonction pour préserver le statu quo, mais ne faisait pas bénéficier tous les juges de cette exclusion. En effet, une faible minorité de juges, dont l'intimé, c'est-à-dire ceux nommés après le 16 février 1975 mais avant le 20 décembre 1975, n'étaient pas ainsi exclus: les dispositions attaquées n'étaient pas en vigueur au moment où ces juges ont été nommés, mais elles rétroagissaient à la date de la première lecture et, en conséquence, s'appliquaient aux juges en question *ex post facto* dès la date de leur adoption. Jusqu'à cette dernière date, l'intimé appartenait à la catégorie des juges puînés en fonction de la Cour supérieure, auxquels la *Loi sur les juges* s'appliquait d'une manière égale. Mais aux fins des pensions de retraite sans participation des intéressés et de celles exigeant leur participation, la mesure législative attaquée faisait passer l'intimé de cette catégorie à la catégorie des juges qui n'étaient pas en fonction au moment de son adoption et qui n'étaient pas traités d'une manière aussi favorable que les juges exclus pour préserver le statu quo. L'intimé n'était plus désormais sur un pied d'égalité avec ses collègues. Là où il y avait eu égalité, les dispositions attaquées créaient l'inégalité.

On the date of his appointment, July 24, 1975, the respondent was unaware of the existence of the bill which was to amend the *Judges Act* by adding s. 29.1 thereto, and the Minister of Justice did not mention the existence of the bill to the respondent at the time that his appointment was discussed.

À la date de sa nomination, le 24 juillet 1975, l'intimé ignorait l'existence du projet de loi visant à modifier la *Loi sur les juges* en y ajoutant l'art. 29.1, et le ministre de la Justice n'en avait pas fait mention au moment où il discutait avec l'intimé de sa nomination.

I should state at once however that the respondent's unawareness of the existence of the bill is in my view irrelevant. The bill was before Parliament and was not yet law. One is presumed to know the law and to act accordingly, but not a bill which may or may not become law.

Toutefois, je dois préciser immédiatement que j'estime que l'ignorance par l'intimé de l'existence du projet de loi est sans importance. Le projet de loi était à l'étude devant le Parlement et n'était pas encore devenu loi. Tous sont censés connaître la loi et agir en conséquence, mais non pas un projet de loi qui peut ou non devenir loi.

In November 1977, the respondent launched a declaratory action in the Trial Division of the Federal Court. The statement of claim concludes with the following prayer for relief:

En novembre 1977, l'intimé a intenté, devant la Division de première instance de la Cour fédérale, une action visant à obtenir un jugement déclaratoire. La déclaration se termine par la demande de redressement suivante:

WHEREFORE the Plaintiff claims:

[TRADUCTION] À CES CAUSES le demandeur réclame:

a) A declaration that the words "before February 17, 1975" of Section 29.1 and that the whole of Section 29.1(2) of the *Judges Act*, as enacted by Section 100 of 1974-75-76, c. 81 are

i) *ultra vires* of the Parliament of Canada, or,

in the alternative:

ii) *ultra vires* of the Parliament of Canada insofar as the Plaintiff is concerned:

or, in the alternative,

b) A declaration that the words "before February 17, 1975" of Section 29.1 and the whole Section 29.1 (2) of the *Judges Act*, as enacted by Section 100 of 1974-75-76, c. 81 are inoperative insofar as the Plaintiff is concerned;

c) His costs of the within proceedings;

d) Such further and other relief as to this Honourable Court may seem meet.

The declaration claimed in paragraph a) of the prayer for relief is allegedly founded upon s. 99 of the *Constitution Act, 1867*, relating to the tenure of office of judges as well as upon s. 100 of the same Act, quoted above and relating to the salaries, allowances, and pensions of judges.

The declaration claimed in paragraph b) of the prayer for relief is allegedly founded upon s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* which provides:

1. It is hereby recognized and declared that in Canada there have existed and shall continue to exist without discrimination by reason of race, national origin, colour, religion or sex, the following human rights and fundamental freedoms, namely,

. . .

(*b*) the right of the individual to equality before the law and the protection of the law;

II—The Judgments of the Courts Below

In the Trial Division, Addy J. found that the effect of the impugned amendment to the *Judges Act* was to reduce the salary of the respondent and held that Parliament has no legislative authority to reduce the salary of a judge during his or her tenure of office. However he rejected the submission that s. 29.1 of the *Judges Act* contravened

a) Un jugement déclarant les mots «avant le 17 février 1975» à l'article 29.1 et la totalité du paragraphe 29.1(2) de la *Loi sur les juges*, tel qu'édicté par l'article 100 du chap. 81, 1974-75-76,

i) *ultra vires* du Parlement du Canada, ou,

subsidiairement:

ii) *ultra vires* du Parlement du Canada dans la mesure où le demandeur est concerné;

ou, subsidiairement,

b) Un jugement déclarant que les mots «avant le 17 février 1975» à l'article 29.1 et la totalité du paragraphe 29.1(2) de la *Loi sur les juges*, tel qu'édicté par l'article 100 du chap. 81, 1974-75-76, sont inopérants dans la mesure où le demandeur est concerné;

c) Ses dépens pour les procédures visées aux présentes;

d) Tout autre redressement que cette Cour peut juger à propos.

Le jugement déclaratoire sollicité à l'alinéa a) de la demande de redressement serait fondé sur l'art. 99 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, portant sur la durée des fonctions des juges, ainsi que sur l'art. 100 précité de la même loi, relatif aux salaires, aux allocations et aux pensions des juges.

Le jugement déclaratoire sollicité à l'alinéa b) de la demande de redressement serait fondé sur l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*, qui porte:

1. Il est par les présentes reconnu et déclaré que les droits de l'homme et les libertés fondamentales ci-après énoncés ont existé et continueront à exister pour tout individu au Canada quels que soient sa race, son origine nationale, sa couleur, sa religion ou son sexe:

. . .

b) le droit de l'individu à l'égalité devant la loi et à la protection de la loi;

II—Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

En Division de première instance, le juge Addy a conclu que la modification attaquée de la *Loi sur les juges* avait pour effet de réduire le traitement de l'intimé et que le Parlement n'a pas la compétence législative pour diminuer le traitement d'un juge pendant la durée de ses fonctions. Rejetant toutefois l'argument voulant que l'art. 29.1 de la

s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*. He granted the respondent a declaration that s. 29.1(2) of the *Judges Act* was *ultra vires* of the Parliament of Canada in so far as the respondent was concerned.

The appellant appealed to the Federal Court of Appeal and the respondent cross-appealed from the refusal of the trial judge to grant him a declaration that the impugned enactment was inoperative because it infringed s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*.

The Federal Court of Appeal dismissed the appeal by a majority judgment but was unanimous in dismissing the cross-appeal. All three judges of the Federal Court of Appeal held, contrarily to the trial judge, that Parliament can reduce judges' salaries, provided it is not for a colourable purpose such, for instance, as to undermine the independance of the judiciary, which nobody has suggested was the case with respect to the impugned legislation. However, the majority of the Federal Court of Appeal held that it is *ultra vires* of Parliament to require any judge appointed pursuant to s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, whenever appointed, to participate in a contributory pension plan for his own or her own pension, an issue not dealt with by the trial judge.

Thurlow C.J., who characterized the impugned enactment as effecting a forced contribution to a pension scheme rather than a reduction in salary, took the view that whereas under s. 100 of the *Constitution Act, 1867* Parliament must fix and provide judges salaries, it "has no authority to dictate how they are to be used by the recipient or to require that they be used for any particular purpose". Thurlow C.J. accordingly held that s. 29.1 of the *Judges Act* is wholly *ultra vires*, including s. 29.1(1), which, as stated above, was said to be "in respect of the cost of the improved annuities for widowed spouses and other dependants".

Loi sur les juges contrevienne à l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*, il a accordé un jugement déclaratoire portant que le par. 29.1(2) de la *Loi sur les juges* était *ultra vires* du Parlement du Canada dans la mesure où l'intimé était concerné.

L'appelante a interjeté appel devant la Cour d'appel fédérale et l'intimé a formé un appel incident contre le refus du juge de première instance de déclarer la mesure législative attaquée inopérante pour le motif qu'elle enfreignait l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*.

La Cour d'appel fédérale à la majorité a rejeté l'appel, mais c'est à l'unanimité qu'elle a rejeté l'appel incident. Chacun des trois juges composant la formation de la Cour d'appel fédérale a conclu, contrairement à ce qu'avait décidé le juge de première instance, que le Parlement peut réduire les traitements des juges, pourvu que ce ne soit pas pour un motif spécieux comme, par exemple, l'affaiblissement de l'indépendance de la magistrature, ce que personne n'a prétendu être le cas pour ce qui est de la mesure législative attaquée en l'espèce. Cependant, la Cour d'appel fédérale à la majorité a conclu qu'il est *ultra vires* du Parlement d'exiger qu'un juge nommé conformément à l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, peu importe le moment de sa nomination, contribue à sa propre pension dans le cadre d'un régime de retraite avec participation de l'intéressé, une question qui n'a pas été abordée par le juge de première instance.

Le juge en chef Thurlow, qui a dit des dispositions attaquées qu'elles créaient une obligation de contribuer à un régime de retraite plutôt qu'une réduction de traitement, a estimé que le Parlement doit en vertu de l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* fixer et payer les traitements des juges, mais qu'il «n'a aucune autorité pour dicter aux bénéficiaires comment ils doivent les utiliser, ni pour les obliger à s'en servir à des fins particulières». Le juge en chef Thurlow a donc conclu que l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* était entièrement *ultra vires*, y compris le par. 29.1(1) dont on a dit, comme je l'ai fait remarquer précédemment, qu'il était «au titre du coût de l'amélioration des pensions destinées aux conjoints survivants et autres personnes à charge».

Heald J., for his part, was of the opinion that the obligation set out in s. 100 of the *Constitution Act, 1867* imposes a duty on Parliament to provide the total amount of judges' pensions and s. 29.1(2) is contrary to s. 100 of the *Constitution Act, 1867* and *ultra vires* in that it requires judges to pay a portion of the cost of their own pension. However, s. 29.1(1) of the *Judges Act* is not *ultra vires* in his view since the deduction provided for therein is dedicated to the cost of improved annuities for widowed spouses and other dependants of judges.

Pratte J., dissenting, found that s. 29.1 of the *Judges Act* does not affect the judges' right to a pension but rather their right to salaries. The real question then was whether Parliament has the power to reduce the salaries of incumbent judges. He held that Parliament has this power.

In the result, the declaration of unconstitutionality granted by the trial judge with respect to s. 29.1(2) of the *Judges Act* remained undisturbed.

The appellant appealed to this Court by leave of this Court. The respondent cross-appealed pursuant to s. 29(1) of the Rules of this Court asking for the declaration claimed in paragraph b) of his prayer for relief on the basis of s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*.

III—Constitutional Questions

On March 22, 1984, Dickson J., as he then was, stated the two following constitutional questions:

1. Is section 29.1 of the *Judges Act*, as amended by section 100 of the *Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 81, inconsistent with s. 100 of the *Constitution Act, 1867* and therefore in whole or in part, *ultra vires* the Parliament of Canada?
2. Is section 29.1 of the *Judges Act* as amended by s. 100 of the *Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 81, inconsistent with s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* and to the extent of the inconsistency is it of no force or effect?

Le juge Heald pour sa part a estimé que l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* impose au Parlement l'obligation de payer la totalité des pensions des juges et que le par. 29.1(2) va à l'encontre de l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et est *ultra vires* en ce qu'il exige des juges qu'ils paient une partie du coût de leur propre pension. Toutefois, selon lui, le par. 29.1(1) de la *Loi sur les juges* n'est pas *ultra vires* puisque la déduction qu'il prévoit est destinée à subvenir au coût de l'amélioration des pensions destinées aux conjoints survivants et autres personnes à charge des juges décédés.

Le juge Pratte, dissident, a conclu que l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* touche non pas le droit des juges à une pension, mais leur droit à un traitement. La question véritable est alors de savoir si le Parlement est habilité à réduire le traitement de juges en fonction. Il a conclu que le Parlement possède ce pouvoir.

En définitive, le jugement de première instance déclarant inconstitutionnel le par. 29.1(2) de la *Loi sur les juges* est resté inchangé.

L'appelante s'est pourvue devant cette Cour avec l'autorisation de cette dernière. L'intimé a formé, en vertu du par. 29(1) des Règles de cette Cour, un pourvoi incident en vue d'obtenir, sur le fondement de l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*, le jugement déclaratoire sollicité à l'alinéa b) de sa demande de redressement.

III—Les questions constitutionnelles

Le 22 mars 1984, le juge Dickson, maintenant Juge en chef, a formulé les deux questions constitutionnelles suivantes:

1. L'article 29.1 de la *Loi sur les juges*, telle que modifiée par l'art. 100 de la *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)*, S.C. 1974-75-76, chap. 81, est-il incompatible avec l'art. 100 de la *Loi constitutionnelle de 1867* et, par conséquent, en totalité ou en partie *ultra vires* du Parlement du Canada?
2. L'article 29.1 de la *Loi sur les juges*, telle que modifiée par l'art. 100 de la *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)*, S.C. 1974-75-76, chap. 81, est-il incompatible avec l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits* et inopérant dans la mesure de cette incompatibilité?

With the greatest of respect for those who hold a contrary view, I have reached the conclusion that, subject to one qualification to be mentioned later, the second constitutional question should receive an affirmative answer. However, this may not be sufficient to dispose of the entire case, given the declaration of unconstitutionality granted by the trial judge. In any event, the variety of opinions expressed in the courts below on the issues raised by the first constitutional question and the need for certainty in this important area of the law make it preferable that I also answer the first constitutional question.

IV—The *Constitution Act, 1867* and s. 29.1 of the *Judges Act*

I have had the advantage of reading the reasons for judgment written by the Chief Justice. I agree with his general considerations on judicial independance, on the foundation of judicial independance in Canada and on the content of the principle of judicial independance. I also agree with him that the first constitutional question should be answered in the negative, and I agree with his reasons for so answering it.

I now turn to the second constitutional question.

V—Section 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* and s. 29.1 of the *Judges Act*

As was already stated above, all the judges in the courts below held that s. 29.1 of the *Judges Act* was not inconsistent with s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*. They had different reasons for so deciding however.

The reasons of the trial judge read in part as follows at pp. 554 to 557 of the Federal Court Reports:

The plaintiff, in arguing that the words "before the 17th day of February, 1975" in subsection 29.1(1) and "after the 16th day of February, 1975" in subsection 29.1(2) offend the principle of equality before the law, relied on and referred to the following cases: *The Queen v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282; *Curr v. The Queen*,

Avec les plus grands égards pour les tenants du point de vue contraire, je suis arrivé à la conclusion que, sous réserve d'une nuance que je mentionnerai plus loin, la seconde question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative. Toutefois, étant donné la déclaration d'inconstitutionnalité accordée par le juge de première instance, cela ne suffit peut-être pas pour statuer sur l'affaire dans son ensemble. En tout état de cause, la diversité des opinions exprimées par les tribunaux d'instance inférieure sur les points soulevés par la première question constitutionnelle et le besoin de certitude dans ce domaine important du droit font qu'il est préférable que je réponde aussi à la première question constitutionnelle.

IV—La *Loi constitutionnelle de 1867* et l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges*

J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement qu'a rédigés le Juge en chef. Je souscris à ses observations générales sur l'indépendance judiciaire, sur le fondement de l'indépendance judiciaire au Canada et sur le contenu du principe de l'indépendance judiciaire. Je suis également d'accord avec lui pour dire qu'il y a lieu de répondre à la première question constitutionnelle par la négative et j'approuve les raisons données à l'appui de cette réponse.

Cela m'amène à la seconde question constitutionnelle.

V—L'alinéa 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits* et l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges*

Comme je l'ai déjà indiqué, tous les juges des tribunaux d'instance inférieure ont conclu que l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* n'était pas incompatible avec l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*. Cependant, les raisons de leurs conclusions sont différentes.

Les motifs du juge de première instance portent notamment, aux pp. 554 à 557 du Recueil des arrêts de la Cour fédérale:

Dans le cadre de son argumentation pour démontrer que les mots «avant le 17 février 1975» au paragraphe 29.1(1) et «après le 16 février 1975» au paragraphe 29.1(2) sont contraires aux principes de l'égalité devant la loi, le demandeur s'est fondé sur les arrêts suivants qu'il a cités: *La Reine c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282;

[1972] S.C.R. 889; *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349; *The Queen v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693; *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376; *Bliss v. The Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183; and *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370.

All of these cases with the exception of the *Bliss* case, which dealt with entitlement to unemployment insurance benefits and where in fact the *Canadian Bill of Rights* was held not to apply, dealt with loss or denial of very substantive fundamental rights of some kind or involved criminal or quasi-criminal responsibility and had nothing to do with the mere quantum of remuneration for services rendered.

"Equality before the law" in the *Canadian Bill of Rights* has, since its enactment, been interpreted as understood by Dicey, namely, that there are no exemptions from the ordinary law of the land for any privileged class. As Ritchie J. stated in *Curr v. The Queen*, *supra*, at page 916:

> ... I prefer to base this conclusion on my understanding that the meaning to be given to the language employed in the *Bill of Rights* is the meaning which it bore at the time when the Bill was enacted ...

The trial judge then referred to and quoted reasons to the same effect written by Ritchie J. in *Attorney General of Canada v. Lavell*, [1974] S.C.R. 1349, including the second meaning proposed by Dicey for the principle of the "rule of law":

> It means again equality before the law or the equal subjection of all classes to the ordinary law of the land administered by the ordinary courts; the "rule of law" in this sense excludes the idea of any exemption of officials or others from the duty of obedience to the law which governs other citizens or from the jurisdiction of the ordinary courts.

The trial judge noted that these reasons of Ritchie J. had been quoted with approval by Martland J. speaking for the majority in *R. v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693. The trial judge continued:

> Even section 3 of the *Canadian Human Rights Act*, S.C. 1976-1977, c. 33 which has been enacted since then (proclaimed in force on the 14th of July, 1977) and by means of which counsel for the plaintiff sought to draw an analogy with the *Canadian Bill of Rights*, does not

Curr c. La Reine, [1972] R.C.S. 889; *Le Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349; *La Reine c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; *Prata c. Le Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; *Bliss c. Le procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183; et *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370.

À l'exception de l'affaire *Bliss* qui porte uniquement sur le droit de recevoir des prestations d'assurance-chômage et où il a été jugé que la *Déclaration canadienne des droits* ne s'appliquait pas, tous ces arrêts portent sur la perte ou la dénégation de divers droits fondamentaux très importants ou sur la responsabilité pénale ou quasi pénale et n'ont rien à voir avec le simple quantum de rémunération pour services rendus.

Le concept d'«égalité devant la loi» que l'on trouve dans la *Déclaration canadienne des droits* a, depuis son adoption, été interprété dans le sens où l'entendait Dicey, c'est-à-dire qu'aucune classe privilégiée n'est exempte de l'application du droit commun du pays. Voici ce que dit le juge Ritchie dans *Curr c. La Reine*, précité, à la page 916:

> ... je préfère fonder ma conclusion sur le fait que, à mon avis, le sens des termes de la *Déclaration des droits* est le sens qu'ils avaient au Canada au moment de l'adoption de la Déclaration ...

Le juge de première instance mentionne ensuite et cite les motifs dans le même sens rédigés par le juge Ritchie dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Lavell*, [1974] R.C.S. 1349, où il est question notamment du deuxième sens proposé par Dicey pour le principe de la «primauté du droit»:

> [TRADUCTION] Un autre sens est celui d'égalité devant la loi ou d'assujettissement égal de toutes les classes au droit commun du pays appliqué par les tribunaux ordinaires; la «primauté du droit», dans ce sens, exclut l'idée d'une exemption de fonctionnaires ou d'autres personnes du devoir d'obéissance à la loi auquel sont assujettis les autres citoyens, ou de la compétence des tribunaux ordinaires.

Le juge de première instance fait remarquer que ce passage du juge Ritchie avait été cité et approuvé par le juge Martland au nom de la Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693. Le juge de première instance poursuit:

> Même l'article 3 de la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, S.C. 1976-77, chap. 33, qui a été adoptée depuis (promulguée le 14 juillet 1977), et que l'avocat du demandeur a cité pour tenter d'établir un parallèle entre cette loi et la *Déclaration canadienne des droits*,

prohibit discrimination generally on grounds other than "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 .... " It seems obvious that, in the case at bar, there exists no discrimination on any of the above-mentioned grounds.

Counsel for the plaintiff emphasized particularly the following statement of McIntyre J. in the *MacKay* case, *supra*, which is found at page 406 of the above-mentioned report:

> The question which must be resolved in each case is whether such inequality as may be created by legislation affecting a special class—here the military—is arbitrary, capricious or unnecessary, or whether it is rationally based and acceptable as a necessary variation from the general principle of universal application of law to meet special conditions and to attain a necessary and desirable social objective.

This statement, in my view, does not support the proposition advanced on behalf of the plaintiff. As Martland J. stated in delivering the judgment for the Supreme Court of Canada in the *Prata* case, *supra*, at page 382 of the above-cited report of the case:

> This Court has held that s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* does not require that all federal statutes must apply to all individuals in the same manner. Legislation dealing with a particular class of people is valid if it is enacted for the purpose of achieving a valid federal objective (*R. v. Burnshine* (1974), 44 D.L.R. (3d) 584).

Since I find that the plaintiff cannot succeed under paragraph 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* because the term "equality before the law" as used in that enactment does not refer and was never intended to refer to a question of equal pay for equal work, I shall refrain from dealing with the further answer advanced on behalf of the defendant to the effect that, even if "inequality" is found to exist, it in effect arises in the pursuit of a valid federal objective and that, in addition, the plaintiff has failed to discharge the onus of establishing that the requirement of making contributions is arbitrary, capricious or unnecessary.

To summarize the trial judge's reasons on this issue, as I understand them, s. 29.1 does not contravene the *Canadian Bill of Rights* because: first, s. 29.1 does not offend the kind of equality

n'interdit que les distinctions illicites qui sont 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 et, en matière d'emploi, sur un handicap physique.» Il semble évident qu'en l'espèce, il n'existe aucune distinction illicite fondée sur un des motifs susmentionnés.

L'avocat du demandeur a insisté particulièrement sur les paroles suivantes du juge McIntyre dans l'arrêt *MacKay*, précité, que l'on trouve à la page 406 du recueil cité:

> La question à résoudre dans chaque cas est celle de savoir si l'inégalité qui peut être créée par la loi vis-à-vis d'une catégorie particulière—ici les militaires—est arbitraire, fantaisiste ou superflue, ou si elle a un fondement rationnel et acceptable en tant que dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi pour faire face à des conditions particulières et atteindre un objectif social nécessaire et souhaitable.

Selon moi, ces paroles ne corroborent pas la proposition mise de l'avant pour le compte du demandeur. Comme le dit le juge Martland dans les motifs du jugement qu'il prononçait au nom de la Cour suprême du Canada dans l'arrêt *Prata*, précité, à la page 382 du recueil cité:

> Cette Cour a décidé que l'al. *b*) du par. (1) de la *Déclaration canadienne des droits* n'exige pas que toutes les lois fédérales doivent s'appliquer de la même manière à tous les individus. Une loi qui vise une catégorie particulière de personnes est valide si elle est adoptée en cherchant l'accomplissement d'un objectif fédéral régulier (*R. v. Burnshine* (1974), 44 D.L.R. (3d) 584).

Puisque je conclus qu'il ne peut être fait droit à la demande du demandeur en vertu de l'alinéa 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits* parce que l'expression «égalité devant la loi» employée dans cette loi ne vise pas et n'a jamais été conçue pour viser des questions de salaire égal pour un travail égal, je n'examinerai pas la réponse soumise pour le compte de la défenderesse selon laquelle même si on concluait à l'existence d'une «inégalité», elle survient dans le cadre de mesures prises pour atteindre un objectif fédéral valable et que, en outre, le demandeur n'a pas réussi à prouver que l'exigence de verser des contributions est arbitraire, déraisonnable ou inutile.

Pour résumer, si je comprends bien, les motifs du juge de première instance sur cette question, l'art. 29.1 ne contrevient pas à la *Déclaration canadienne des droits* parce que: premièrement,

defined by Dicey in the second meaning he gave to the rule of law; second, the provisions of the *Canadian Bill of Rights* cannot be held to apply to "the mere quantum of remuneration for services rendered" without trivializing these provisions. Furthermore, the trial judge may also have suggested as is indicated by his reference to the *Canadian Human Rights Act*, that discrimination is not prohibited by the *Canadian Bill of Rights*, except on specifically mentioned grounds.

In the Federal Court of Appeal, Thurlow C.J. speaking for himself and for Heald J. had this to say on the *Canadian Bill of Rights* issue, at pp. 1016-17 of the Federal Court Reports:

> The argument on the last-mentioned point, as I understood it, was that inequality before the law was created by the enactment because under it the respondent no longer enjoyed his right to salary without deductions for contributions to the same extent as other judges who held office before December 20, 1975. Reliance was placed on the reasoning of McIntyre J., in *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, at page 406, and it was said that there was no valid federal objective to be attained by discriminating on December 20, 1975 between judges appointed on or before and those appointed after February 16, 1975, and that to do so was arbitrary, capricious and unnecessary.
>
> . . .
>
> The submission is thus based on the assumption that the legislation is within the legislative powers of Parliament. On that basis it seems to me that it cannot be said that Parliament, in requiring judges to participate in and contribute to a contributory pension scheme, was not seeking to achieve a valid federal objective. Moreover, the distinction made in the statute between judges appointed before a fixed date, for whom non-contributory pension provisions were already in existence, and judges to be appointed after that date so as ultimately, by the attrition of senior appointees through deaths and resignations, the whole body of the judiciary would be participants in and contributors to the contributory pension scheme seems to me to be but a manner of achieving the otherwise valid federal objective. Difficulty arises from the fact that the particular date chosen was earlier than the date of the coming into force of the Act but, harsh as the result may seem to be to one who did

l'art. 29.1 n'est pas contraire au type d'égalité défini par Dicey dans le deuxième sens qu'il a prêté à la «primauté du droit»; deuxièmement, on ne saurait, sans les banaliser, conclure que les dispositions de la *Déclaration canadienne des droits* s'appliquent au «simple quantum de rémunération pour services rendus». De plus, le juge de première instance a peut-être aussi laissé entendre, comme l'indique sa référence à la *Loi canadienne sur les droits de la personne*, que la *Déclaration canadienne des droits* n'interdit pas la discrimination, si ce n'est dans les cas expressément visés.

En Cour d'appel fédérale, le juge en chef Thurlow, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Heald, affirme ceci au sujet de la question de la *Déclaration canadienne des droits*, aux pp. 1016 et 1017 du Recueil des arrêts de la Cour fédérale:

> Le dernier argument, si j'ai bien compris, revenait à dire que l'adoption de la loi de 1975 avait eu pour effet de dénier à l'intimé son droit à l'égalité devant la loi parce qu'en vertu de ladite Loi, ce dernier ne perdait pas (*sic*) dans la même mesure que les juges qui occupaient leur poste avant le 20 décembre 1975 le droit de recevoir son traitement libre de retenue. L'intimé, s'appuyant sur le raisonnement du juge McIntyre dans l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, à la page 406, a allégué que le fait d'établir le 20 décembre 1975 une distinction entre les juges nommés le 16 février 1975 ou avant et ceux nommés après cette date ne visait pas un objectif fédéral valable et que le fait d'agir ainsi était arbitraire, déraisonnable et inutile.
>
> . . .
>
> L'argument est donc fondé sur l'hypothèse que le Parlement avait le pouvoir législatif nécessaire pour adopter ladite Loi. Il me semble donc qu'on ne peut affirmer que le Parlement ne cherchait pas à atteindre un objectif fédéral valable lorsqu'il a obligé les juges à contribuer à un régime de pensions à participation. En outre, la distinction qu'a établie la loi entre les juges nommés avant une date déterminée, en faveur desquels il existait déjà des dispositions prévoyant un régime de pensions sans participation, et les juges nommés après cette date, afin qu'ultimement, à la suite du décès ou de la démission des juges exempts, l'ensemble de la magistrature participe au régime de pensions à cotisation, m'apparaît comme un moyen d'atteindre un objectif fédéral valable. Le problème qui se pose découle du fait que la date choisie est antérieure à la date d'entrée en vigueur de la Loi mais, aussi injuste que puisse sembler le résultat à quiconque n'était pas au courant, contraire-

not know, as opposed to one who did know when appointed, that a contributory scheme to be applicable to all judges appointed after the date of the introduction of the bill was to be imposed, I do not think it can on that account be said that it has been established, in the sense referred to by Ritchie J., in the same case (*MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, at page 393, citing *The Queen v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693), that the provisions of the bill, including the choice of the date, were not enacted for the purpose of achieving the valid federal objective or that it was arbitrary or capricious or unnecessary for Parliament to have defined the class required to make contributions by reference to their being appointed after the date of the introduction of the bill. Accordingly, I would reject the contention and dismiss the cross-appeal.

At pages 1035 and 1036 of the Federal Court Reports, Pratte J. agreed with Addy J. that the Dicey concept of equality before the law had not been offended by the impugned provision. He also agreed that the whole of s. 29.1 of the *Judges Act* has been enacted by Parliament for the purpose of achieving a valid federal objective.

In this Court, counsel for the appellant did not reply upon the reasons of the trial judge to support their submission that the second constitutional question should be answered in the negative. They relied essentially upon the reasons of Thurlow C.J. on this point. They quoted part of these reasons in their factum and amplified them as follows:

> The policy decision reflected in section 29.1 is that all federally funded and administered pension plans should be on a contributory basis, so that all those who might eventually receive retirement benefits from the Consolidated Revenue Fund will have contributed toward the cost of those benefits and thereby reduce the financial burden on future taxpayers. It is submitted that a decision to shift part of the costs of the plan to its beneficiaries cannot be considered arbitrary, capricious or unnecessary.
>
> If the policy that the beneficiary should contribute is not unreasonable it is submitted that the means chosen to implement that policy do not render it objectionable or invalid in relation to the right to equality before the law. Parliament could have chosen to impose a contribu-

ment à celui qui le savait au moment de sa nomination, qu'un régime de pensions à cotisation s'imposerait à tous les juges nommés après la date de présentation du projet de loi, je ne crois pas que l'on puisse en déduire qu'il a été établi, au sens où l'entendait le juge Ritchie dans la même affaire (*MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, à la page 393, citant *La Reine c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693), que les dispositions du projet de loi, y compris le choix de la date, n'ont pas été adoptées en vue d'atteindre un objectif fédéral valable ou que le Parlement a agi de façon arbitraire, déraisonnable ou inutile en établissant que la catégorie de juges obligée de verser des contributions serait formée de juges ayant été nommés après la date de présentation du projet de loi. Je déclarerais donc l'argument irrecevable et rejetterais l'appel incident.

Aux pages 1035 et 1036 du Recueil des arrêts de la Cour fédérale, le juge Pratte s'accorde avec le juge Addy pour dire que la disposition attaquée ne contrevient pas au concept de l'égalité devant la loi énoncé par Dicey. Il est également d'accord pour soutenir que l'ensemble de l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* a été adopté par le Parlement afin de réaliser un objectif fédéral valable ou régulier.

En cette Cour, les avocats de l'appelante n'ont pas invoqué les motifs du juge de première instance pour étayer leur argument selon lequel la seconde question constitutionnelle doit recevoir une réponse négative. Sur ce point, ils se sont appuyés essentiellement sur les motifs du juge en chef Thurlow, qu'ils ont reproduits en partie dans leur mémoire, les étoffant de la manière suivante:

> [TRADUCTION] La décision de principe qui ressort de l'art. 29.1 porte que tous les régimes de retraite financés et administrés par le gouvernement fédéral doivent être des régimes avec participation des intéressés, de manière que toutes les personnes qui pourront éventuellement toucher des prestations de retraite à même le Fonds du revenu consolidé auront contribué au coût de ces prestations, réduisant ainsi le fardeau fiscal des futurs contribuables. Nous soutenons qu'on ne saurait qualifier d'arbitraire, de déraisonnable ou d'inutile une décision de faire assumer une partie des coûts du régime par ses propres bénéficiaires.
>
> À supposer que la politique voulant que le bénéficiaire soit tenu de contribuer ne soit pas déraisonnable, nous soutenons que les moyens retenus pour la mettre en œuvre ne la rendent ni inacceptable ni invalide par rapport au droit à l'égalité devant la loi. Le Parlement

tory requirement at the full rate of 6½% and then 7% on all judges. However, it chose to protect the position of judges who were appointed prior to the introduction of the amending legislation and to phase in the contributory requirements progressively, by requiring contributions at the higher rate only from newly appointed judges. This progressive implementation of full contributions protected the legitimate expectations of the judges appointed prior to April [*sic*] 17, 1975, but it necessarily put them in a different position from that of judges appointed after the "trigger date" for the higher contributions.

While no submissions were made to us by counsel for the appellant with respect to the reasons of the trial judge on the *Canadian Bill of Rights* issue, I feel that these reasons should be addressed.

I first wish to dispel any suggestion that, in order to offend the *Canadian Bill of Rights*, a discriminatory provision must be discriminatory on some specifically mentioned ground such as race, national origin, colour, etc. The learned trial judge erred in this respect. In *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889, Laskin J. as he then was, speaking for himself and six other members of the Court stated at pp. 896-97:

> In considering the reach of ... s. 1(*b*) ... I do not read it as making the existence of any of the forms of prohibited discrimination a *sine qua non* of its operation. Rather, the prohibited discrimination is an additional lever to which federal legislation must respond. Putting the matter another way, federal legislation which does not offend s. 1 in respect of any of the prohibited kinds of discrimination may nonetheless be offensive to s. 1 if it is violative of what is specified in any of the clauses (*a*) to (*f*) of s. 1. It is, *a fortiori*, offensive if there is discrimination by reason of race so as to deny equality before the law. That is what this Court decided in *Regina* v. *Drybones* and I need say no more on this point.

It is, therefore, not an answer to reliance by the appellant on ... s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* that [a particular provision] does not discriminate against any person by reason of race, national origin, colour, religion or sex. The absence of such discrimination still leaves open the question whether [a particular

aurait pu choisir d'imposer à tous les juges une obligation de contribuer au taux plein de 6,5 pour cent et puis de 7 pour cent. Il a toutefois décidé d'exempter les juges nommés avant le dépôt des dispositions modificatives et d'introduire progressivement l'obligation de contribuer en n'assujettissant au taux plus élevé que les juges nouvellement nommés. Cette introduction graduelle de la pleine participation protégeait les attentes légitimes des juges nommés avant le 17 avril (*sic*) 1975, mais elle les plaçait nécessairement dans une situation différente de celle des juges nommés après la date d'entrée en vigueur des contributions plus élevées.

Bien que les avocats de l'appelante ne nous aient adressé aucune observation concernant ce qu'a dit le juge de première instance relativement à la question de la *Déclaration canadienne des droits*, j'estime qu'il convient d'examiner cet aspect de ses motifs.

Écartons de prime abord l'idée que, pour enfreindre la *Déclaration canadienne des droits*, une disposition discriminatoire doit constituer une distinction illicite fondée sur un motif expressément mentionné, tel que la race, l'origine nationale, la couleur, etc. Le savant juge de première instance a commis une erreur à cet égard. Dans l'arrêt *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, le juge Laskin, alors juge puîné, s'exprimant en son propre nom et en celui de six autres membres de la Cour, affirme aux pp. 896 et 897:

> En ce qui concerne la portée [de l'alinéa] [...] (*b*) de l'art. 1 [...], je n'interprète pas cet article comme s'appliquant uniquement lorsque existe l'une ou l'autre forme de discrimination interdite. La discrimination interdite est plutôt une norme supplémentaire que la législation fédérale doit respecter. En d'autres termes, une loi fédérale qui ne viole pas l'article 1 en ce qui concerne l'un ou l'autre des genres interdits de discrimination, peut néanmoins le violer si elle porte atteinte à l'un des droits garantis par les alinéas (*a*) à (*f*) de l'art. 1. Elle constitue *a fortiori* une violation s'il y a discrimination en raison de la race d'une personne, de façon à priver celle-ci du droit à l'égalité devant la loi. C'est ce qu'a décidé cette Cour dans l'arrêt *Regina c. Drybones*; je n'ai rien d'autre à ajouter sur ce point.

Par conséquent, on ne saurait répondre à l'argument de l'appelant, fondé sur [l'alinéa] [...] (*b*) de l'art. 1 de la *Déclaration canadienne des droits*, en disant [qu'une disposition donnée] ne fait aucune distinction entre les particuliers en raison de leur race, de leur origine nationale, de leur couleur, de leur religion ou de leur sexe. En

provision] can be construed and applied without abrogating, abridging or infringing the rights of the individual listed in . . . s. 1(*b*).

See also the *Burnshine* case, *supra*, at p. 700, and *Bliss v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, at p. 191.

As for the Diceyan concept of equality and the rule of law, perhaps its most classical application in Canadian jurisprudence was in *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] S.C.R. 121, a case which antedates the *Canadian Bill of Rights*. It is true that this concept was sometimes adopted for the purposes of the *Canadian Bill of Rights*, but the early *dicta* in *Curr* and in *Lavell*, *supra*, to which Addy J. refers, do not represent the opinion of the majority of this Court in those cases. However, that concept was adopted by the majority of this Court in *Burnshine*, *supra*, although the extent to which the latter case turned on this adoption is not clear.

The adoption of Dicey's concept of equality for the purposes of the *Canadian Bill of Rights* was criticized in some doctrinal works. Dicey's concept of equality was said to be outdated, unduly narrow and otherwise inappropriate for the purposes of the *Canadian Bill of Rights*: W. S. Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights* (2nd ed. 1975), pp. 120, 158 to 160, 297 and 298.

Of the five equality cases decided by this Court after the *Burnshine* case, *supra*, on the basis of the *Canadian Bill of Rights* that is, *Attorney General of Canada v. Canard*, [1976] 1 S.C.R. 170, *Prata v. Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376, the *Bliss* case, *supra*, and *MacKay v. The Queen*, [1980] 2 S.C.R. 370, only one, the *Bliss* case, alludes to the Dicey concept of equality, at p. 192. But on the same page, Ritchie J., who delivered the judgment of the Court, mentioned a broader test applied by Pratte J. of the Federal Court of Appeal:

l'absence de pareille discrimination, il reste encore à déterminer si [une disposition donnée] peut s'interpréter et s'appliquer de manière à ne pas supprimer, restreindre ou enfreindre les droits mentionnés [à l'alinéa] [. . .] (*b*) de l'art. 1.

Voir aussi l'arrêt *Burnshine*, précité, à la p. 700, et l'arrêt *Bliss c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, à la p. 191.

Quant au concept de l'égalité et de la primauté du droit énoncé par Dicey, son application la plus classique dans la jurisprudence canadienne se trouve peut-être dans l'arrêt *Roncarelli v. Duplessis*, [1959] R.C.S. 121, qui a précédé la *Déclaration canadienne des droits*. Il est vrai que ce concept a parfois été adopté pour les fins de la *Déclaration canadienne des droits*, mais les premières opinions incidentes exprimées dans les arrêts *Curr* et *Lavell*, précités, auxquelles se réfère le juge Addy, ne représentent pas l'avis des juges formant la majorité de cette Cour dans ces affaires. Ce concept a toutefois été adopté par cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Burnshine*, précité, quoiqu'il ne soit pas très clair dans quelle mesure cette adoption a pu y être déterminante.

L'adoption du concept de l'égalité de Dicey aux fins de la *Déclaration canadienne des droits* a été critiquée dans certains ouvrages de doctrine. On a dit que le concept de Dicey était désuet, trop étroit et par ailleurs inadéquat pour les fins de la *Déclaration canadienne des droits*: W. S. Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights* (2nd ed. 1975), aux pp. 120, 158 à 160, 297 et 298.

Sur les cinq arrêts en matière d'égalité que cette Cour a rendus après l'arrêt *Burnshine*, précité, en se fondant sur la *Déclaration canadienne des droits*, savoir l'arrêt *Procureur général du Canada c. Canard*, [1976] 1 R.C.S. 170, l'arrêt *Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376, l'arrêt *Bliss*, précité, et l'arrêt *MacKay c. La Reine*, [1980] 2 R.C.S. 370, seul l'arrêt *Bliss*, à la p. 192, fait allusion au concept de l'égalité énoncé par Dicey. Mais, à la même page, le juge Ritchie, qui a prononcé le jugement de la Cour, mentionne un critère plus large appliqué par le juge Pratte de la Cour d'appel fédérale:

> ... the right to equality before the law could be defined as the right of an individual to be treated as well by the legislation as others who, if only relevant facts were taken into consideration, would be judged to be in the same situation.

Mr. Justice Pratte concluded that where difference in treatment of individuals is based on a relevant distinction, the right to equality before the law would not be offended.

Not only did Ritchie J. not disapprove this other test but, on p. 193, he proceeded to apply it to decide that the legislation challenged in that case did not offend the *Canadian Bill of Rights*. Furthermore, in the *Canard* case, *supra*, Ritchie J. with whom Martland and Judson JJ. agreed, in concurring reasons allowing the appeal, took at p. 191, at least in terms if not in the result, a much broader approach than the narrow Diceyan test:

> The *Bill of Rights* was designed to eradicate any discriminatory laws passed by the Parliament of Canada and to guarantee the rights and freedoms therein specified to all Canadian citizens, but these guarantees are expressly declared in the preamble to the Bill to be enacted so as to "reflect the respect of Parliament for its constitution", and s. 91(24) of that document clearly vests in the Parliament of Canada the authority to pass laws concerning Indians which are different from the laws which the provincial legislatures may enact concerning the citizens of the various provinces.

I accordingly think that this Court is not bound by the Dicey test of equality nor prevented from adopting a more egalitarian approach.

Finally I come to the trivialization point made by the trial judge to the effect that the *Canadian Bill of Rights* should not be applied to "the mere quantum of remuneration for services rendered" and "to a question of equal pay for equal work".

Before I do so however, I should perhaps define my position with respect to the characterization of the impugned enactment. The trial judge and Pratte J. dissenting, held that s. 29.1 of the *Judges Act* operated a reduction in the respondent's salary whereas Thurlow C.J., and as it seems, Heald J.,

> ... le droit à l'égalité devant la loi pourrait être défini comme le droit de l'individu d'être traité par la loi comme d'autres que l'on jugerait être dans la même situation, si l'on ne s'en tenait qu'à des faits pertinents.

Le juge Pratte conclut que lorsque la différence de traitement entre des individus repose sur une distinction pertinente, il n'y a pas d'atteinte au droit à l'égalité devant la loi.

Non seulement le juge Ritchie ne désapprouve-t-il pas cet autre critère, mais, à la p. 193, il l'applique pour décider que les dispositions législatives attaquées dans cette affaire ne violaient pas la *Déclaration canadienne des droits*. En outre, dans l'arrêt *Canard*, précité, à la p. 191, le juge Ritchie, à l'avis duquel ont souscrit les juges Martland et Judson, dans des motifs concordants accueillant le pourvoi, adopte, du moins en théorie sinon en pratique, un point de vue beaucoup plus large que le critère étroit de Dicey:

> La *Déclaration des droits* a pour but d'éliminer toutes les lois discriminatoires adoptées par le Parlement du Canada et de garantir à tous les citoyens canadiens les droits et libertés qui y sont énoncés, mais le préambule de la Déclaration prévoit expressément que ces garanties doivent «respecter la compétence législative du Parlement du Canada», et l'art. 91(24) de la constitution confère clairement au Parlement du Canada l'autorité d'adopter à l'égard des Indiens des lois différentes de celles que les législatures provinciales peuvent adopter à l'égard des citoyens des différentes provinces.

Par conséquent, j'estime que cette Cour n'est pas liée par le critère d'égalité de Dicey et que rien ne l'empêche d'adopter un point de vue plus égalitaire.

Finalement, j'arrive à la question de la banalisation que soulève le juge de première instance selon lequel la *Déclaration canadienne des droits* ne devrait pas s'appliquer au «simple quantum de rémunération pour services rendus» et aux «questions de salaire égal pour un travail égal».

Toutefois, avant d'aborder cette question, je devrais peut-être définir ma position en ce qui a trait à la caractérisation de la mesure législative contestée. Le juge de première instance et le juge Pratte, dissident, ont conclu que l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* avait pour effet de réduire le

held that the provision did not reduce the amount credited to the respondent as salary but forced him to contribute to a pension scheme. Given the form of s. 29.1, I am rather inclined to share the view of Thurlow C.J. on this point although, on the *Canadian Bill of Rights* issue, it does not matter whether the respondent suffered a reduction in salary or was forced to contribute to a pension scheme with a corresponding reduction of the amount actually paid to him as his salary.

In my view however, this case has nothing to do with the "equal pay for equal work" principle. It does have to do with money and the financial benefits attached to the respondent's office, but I think that the uneven distribution of financial benefits is quite capable of producing the type of inequality forbidden by s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*. It was the entitlement of women to unemployment insurance benefits that was in issue in the *Bliss* case, *supra*, and nobody suggested that on that ground the case was incapable of or somehow unworthy of giving rise to arguable submissions advanced pursuant to the equality provisions of the *Canadian Bill of Rights*. More individuals were affected by the *Bliss* case, than by the case at bar. However, the amounts involved in the case at bar are considerably more substantial than those in the *Bliss* case.

Furthermore, the benefits involved in the case at bar represent an important incident attached to the status of a high judicial officer and are linked with the dignity of his office, in real as well as in symbolic terms. The following remarks written by Thurlow C.J. are apposite. They are indicative of the gravity of the issues raised by this case, and that is the sole reason I quote them. At pages 1024 and 1025 of the Federal Court Reports, the learned Chief Justice wrote:

> The commission issues upon appointment of a judge by the Governor General under the authority of section 96 and the provincial statute setting up the office. It

traitement de l'intimé alors que le juge en chef Thurlow et, semble-t-il, le juge Heald ont conclu que la disposition ne réduit pas le montant crédité à l'intimé à titre de traitement, mais l'oblige plutôt à contribuer à un régime de retraite. Compte tenu de la forme de l'art. 29.1, je suis plutôt porté à partager l'opinion du juge en chef Thurlow sur ce point bien que, en ce qui a trait à la question de la *Déclaration canadienne des droits*, il n'importe pas de savoir si l'intimé a subi une réduction de traitement ou s'il a été forcé de contribuer à un régime de retraite en se voyant imposer une réduction correspondante du montant qui lui est réellement versé à titre de traitement.

À mon avis toutefois, l'espèce n'a rien à voir avec le principe du «salaire égal pour un travail égal». Elle porte sur l'argent et les avantages financiers qui se rattachent aux fonctions de l'intimé, mais je crois que la répartition inégale des avantages financiers peut très bien engendrer le genre d'inégalité qu'interdit l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*. C'est le droit des femmes aux prestations d'assurance-chômage qui était en cause dans l'arrêt *Bliss*, précité, et personne n'a laissé entendre que, pour ce motif, l'arrêt n'était pas susceptible ou ne permettait pas de quelque manière de soulever des arguments relatifs aux dispositions en matière d'égalité de la *Déclaration canadienne des droits*. Un plus grand nombre de personnes étaient touchées par l'arrêt *Bliss*, que ce n'est le cas dans la présente affaire. Toutefois, les montants visés en l'espèce sont beaucoup plus importants que ceux dont il est question dans l'arrêt *Bliss*.

En outre, les avantages visés en l'espèce représentent un accessoire important qui se rattache au statut d'un haut officier de justice et sont liés à la dignité de ses fonctions, tant sur le plan réel que sur le plan symbolique. Les observations suivantes du juge en chef Thurlow sont pertinentes. Elles font ressortir la gravité des questions soulevées en l'espèce et c'est la seule raison pour laquelle je les cite. Aux pages 1024 et 1025 du Recueil des arrêts de la Cour fédérale, le savant Juge en chef écrit:

> La commission du juge débute au moment de sa nomination par le gouverneur général en vertu du pouvoir conféré par l'article 96 et de la loi provinciale créant

constitutes a grant both of the office with its authority and of the salary and other benefits attached by law at that time to the office as fixed by Parliament under section 99. The grant entitles the appointee to the salary so fixed in much the same way as a grant of money or land vests title to the money or the land in the grantee. It is something that cannot be taken from him except by due process of law. Due process may include expropriation by the authority of the legislature, but it is established principle that the legislature is not, in the absence of a clear expression of intent to the contrary, to be taken as intending to expropriate without due compensation. And a taking without compensation is extraordinary. It is something that Parliament, ordinarily at least, avoids. It is, in my view, the reason why, in a number of statutes relating to judges' salaries, provisions referred to as grandfather clauses to protect the position of incumbent judges have been included. But the fact they have been included is not in itself a basis for saying that Parliament does not have the legal power to expropriate without compensation or to take away rights that have been lawfully granted.

As Parliament has under section 100 the responsibility to fix and provide the salaries of judges, it seems to me that as a matter of interpretation of the language of the section Parliament must have a continuing power to fix such salaries and that that power is not restricted to the fixing of salaries for judges to be subsequently appointed. Plainly Parliament can increase the salaries of judges who are in office and it seems to me that as a matter of naked power it can also decrease them even though such decrease may be regarded by the incumbent judges as confiscatory and unjust and may be in substance a derogation from the grant lawfully made by the Governor General in the judge's commission.

Finally if, as I think, the impugned enactment contravenes s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*, it takes on an added dimension in that it treats unevenly judges who are expected to administer justice with an even hand. Furthermore, it emanates from the very Parliament which is the custodian of judges' independence. While the impugned enactment is not sufficiently severe to impair the independence of judges, it is one that tend to affect the serenity of those concerned for

le poste. Par cette commission, le juge se voit octroyer le poste et les pouvoirs y afférents de même que le traitement et les autres avantages fixés par le Parlement en vertu de l'article 99. Le titulaire de la commission acquiert en vertu de cette dernière le droit au traitement ainsi fixé, un peu de la même façon que le cessionnaire d'une somme d'argent ou d'un bien-fonds acquiert le droit de propriété qui s'y rapporte. C'est là quelque chose qu'on ne peut lui retirer sauf par l'application régulière de la loi. L'application régulière de la loi peut prendre la forme de procédures d'expropriation prises par une assemblée législative. Toutefois, suivant un principe reconnu, l'assemblée législative n'est pas, en l'absence d'une disposition expresse au contraire, présumée exproprier sans indemnité appropriée. D'ailleurs, une expropriation sans indemnisation est exceptionnelle. C'est une situation que le Parlement cherche à éviter, du moins normalement. Voilà pourquoi à mon avis on a inséré dans plusieurs lois relatives au traitement des juges des clauses [préservant le statu quo] afin de sauvegarder la position des juges titulaires. Cependant, l'existence de ces clauses ne suffit pas en elle-même pour affirmer que le Parlement n'a pas le pouvoir légal d'exproprier sans indemniser ou de retirer des droits qui avaient été conférés dans le respect de la loi.

Comme le Parlement a, en vertu de l'article 100, la responsabilité de fixer et de payer les traitements des juges, il me semble que, suivant l'interprétation que je donne du libellé de cet article, le Parlement doit avoir un pouvoir continu de fixer ces traitements et que ce pouvoir ne se limite pas uniquement à la fixation des traitements des juges au moment de leur nomination. Manifestement, le Parlement peut hausser les traitements des juges qui sont déjà nommés et il me semble tout aussi évident que, théoriquement, rien ne l'empêche de les réduire même si un tel geste pourrait prendre aux yeux des juges titulaires l'allure d'une confiscation et d'une injustice et qu'il pourrait même constituer en substance une dérogation aux avantages légalement consentis par le gouverneur général dans la commission du juge.

Finalement si, comme je le crois, la mesure législative attaquée contrevient à l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*, elle prend une autre dimension en ce qu'elle traite inégalement les juges qui sont censés administrer la justice d'une manière équitable. En outre, elle émane du même Parlement qui est le gardien de l'indépendance des juges. Bien que la mesure législative contestée ne soit pas suffisamment grave pour nuire à l'indépendance des juges, il n'en demeure

the rest of their term of office. Judges may be expected to rise above such considerations but it is difficult to see how it could be conducive to the better administration of justice that they should be put to the test.

pas moins qu'elle tend à avoir un effet sur la sérénité de ceux qui sont visés pour le reste de la durée de leurs fonctions. On peut s'attendre à ce que les juges soient au-dessus de telles considérations, mais il est difficile de voir comment le fait de les confronter à une telle situation pourrait entraîner une meilleure administration de la justice.

I now turn to the "valid federal objective" argument retained by the majority of the Federal Court of Appeal and advanced by the appellant in support of the impugned enactment.

J'examine maintenant l'argument de l'«objectif fédéral valable» retenu par la Cour d'appel fédérale à la majorité et présenté par l'appelante à l'appui de la mesure législative contestée.

Relying on the authority of *Burnshine*, *supra*, at pp. 707 and 708, and of *Bliss*, *supra*, at p. 194, the appellant submits that the onus lies with the respondent to demonstrate that a valid federal objective was not being sought by Parliament. The extent to which this onus is of an evidentiary or of a persuasive nature, and whether this onus, whatever its weight, can be discharged by inferences drawn from the impugned legislation, are questions which may ultimately require clarification. I should have thought that where a challenged provision *prima facie* offends against the principle of equality before the law and does so for reasons which neither appear on its face nor can be inferred from its nature, then it would be incumbent upon the Attorney General, who is in a much better position to do so, to demonstrate what valid objective was being sought by the legislation.

En se fondant sur les arrêts *Burnshine*, précité, aux pp. 707 et 708, et *Bliss*, précité, à la p. 194, l'appelante soutient qu'il incombe à l'intimé de démontrer que le Parlement ne cherchait pas à atteindre un objectif fédéral valable ou régulier. La mesure dans laquelle ce fardeau en est un de preuve ou de persuasion et la question de savoir si on peut s'en acquitter, peu importe son poids, au moyen de déductions tirées de la mesure législative contestée, constituent des questions qu'il peut finalement être nécessaire de clarifier. J'aurais pensé que lorsqu'une disposition attaquée contrevient à première vue au principe de l'égalité devant la loi et qu'elle le fait pour des raisons qui ne sont pas manifestes à sa lecture même ou qui ne peuvent être déduites de sa nature, il incomberait alors au procureur général, qui est dans une bien meilleure position pour le faire, de montrer quel objectif valable ou régulier la mesure législative visait à atteindre.

Be that as it may, the question of onus does not really arise in the case at bar since I am quite prepared to accept that s. 29.1 of the *Judges Act* was enacted by Parliament in the pursuit of a valid federal objective, as was held by the Federal Court of Appeal and as is submitted by the appellant.

Quoi qu'il en soit, la question du fardeau ne se pose pas vraiment en l'espèce étant donné que je suis tout à fait prêt à admettre que l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* a été adopté par le Parlement en vue d'atteindre un objectif fédéral valable, comme l'a conclu la Cour d'appel fédérale et comme le soutient l'appelante.

Paraphrasing the above-quoted reasons of Thurlow C.J. and the submissions of the appellant, I would describe the valid federal objective in question as follows: the policy decision reflected in s. 29.1 of the *Judges Act* is that judges' pension plans should be on a contributory basis in order to reduce the financial burden on future taxpayers;

Pour paraphraser les motifs précités du juge en chef Thurlow et les arguments de l'appelante, je décrirais ainsi l'objectif fédéral valable en question: la décision de principe qui ressort de l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* porte que les régimes de retraite des juges devraient être des régimes avec participation des intéressés de manière à

Parliament chose to phase in the contributory requirement, by requiring contributions at the higher rate only from newly appointed judges so that, through the attrition of senior appointees as a result of death and resignations, the whole body of the judiciary would eventually participate in the contributory scheme.

To repeat, I am prepared to accept that the above-mentioned federal objective is a valid one.

What I am not prepared to agree with, on the other hand, with great respect for those who hold a contrary view, is that the manner or means chosen to achieve this valid federal objective, which manner or means themselves establish a new classification and discriminate between incumbent judges, should be immunized from the principle of universal application of the law. So to dispense altogether such manner or means from the equality provision of the *Canadian Bill of Rights* would have the effect of emasculating this provision; in my view, it is in part to guard against this danger that McIntyre J., writing for himself and for Dickson J., as he then was, wrote his concurring reasons in the *MacKay* case, *supra*. I find it appropriate to quote a substantial portion of those reasons. The main issue in that case was set out in these words at p. 401:

> Whether the provisions of the *National Defence Act* which authorize the trial by a service tribunal of military personnel charged with criminal offences committed in Canada contrary to the *Narcotic Control Act* or the *Criminal Code* are inoperable by reason of the *Canadian Bill of Rights*.

At page 402, McIntyre J. dealt with the historical background of military law and, at pp. 403 to 405, with the application of s. 2(*f*) of the *Canadian Bill of Rights* to the facts of that case. Then, at pp. 405 and following, McIntyre J. dealt with the application of s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*:

> The appellant's second point raises the question of whether the trial of servicemen by court martial under military law for an offence under the criminal law of

réduire le fardeau financier des futurs contribuables; le Parlement a choisi d'introduire progressivement l'exigence de la participation en demandant seulement aux juges nouvellement nommés de contribuer au taux plus élevé de manière que, par suite du décès et de la démission des juges exempts, l'ensemble de la magistrature participe éventuellement au régime de retraite avec participation.

Encore une fois, je suis prêt à admettre que l'objectif fédéral susmentionné est valable ou régulier.

Par ailleurs, ce que je ne suis pas prêt à admettre, avec beaucoup d'égards pour les tenants du point de vue contraire, c'est que la manière ou les moyens choisis pour atteindre cet objectif fédéral valable, lesquels établissent eux-mêmes une nouvelle classification et une distinction injuste entre les juges en fonction, devraient être soustraits au principe de l'application universelle de la loi. Le fait de soustraire cette manière ou ces moyens à l'application de la disposition en matière d'égalité de la *Déclaration canadienne des droits* aurait pour effet d'affaiblir cette disposition; à mon avis, c'est en partie pour prévenir ce danger que le juge McIntyre a rédigé, en son propre nom et en celui du juge Dickson, alors juge puîné, ses motifs concordants dans l'arrêt *MacKay*, précité. J'estime qu'il est approprié de citer une partie importante de ces motifs. La question principale dans cet arrêt a été énoncée en ces termes à la p. 401:

> Les dispositions de la *Loi sur la défense nationale*, qui autorisent le procès du personnel militaire accusé d'infractions criminelles commises au Canada en violation de la *Loi sur les stupéfiants* ou du *Code criminel* devant des tribunaux militaires, sont-elles inopérantes en raison de la *Déclaration canadienne des droits*?

À la page 402, le juge McIntyre traite du fondement historique du droit militaire et, aux pp. 403 à 405, de l'application de l'al. 2*f*) de la *Déclaration canadienne des droits* aux faits de l'espèce. Ensuite, aux pp. 405 et suiv., le juge McIntyre traite de l'application de l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*:

> Le deuxième moyen de l'appelant soulève la question de savoir si le fait que les militaires sont jugés par une cour martiale conformément au droit militaire pour une

Canada or as here under the *Narcotic Control Act* deprives the serviceman of equality before the law contrary to the provisions of s. 1(*b*) and s. 2 of the *Canadian Bill of Rights*.

This Court decided in *Regina v. Drybones*, [1970] S.C.R. 282, that the *Canadian Bill of Rights* was effective to render inoperative validly enacted federal legislation where such legislation infringed the right of a subject to equality before the law. Judicial construction of the words "equality before the law" found in such cases as *The Queen v. Burnshine*, [1975] 1 S.C.R. 693, *Prata v. The Minister of Manpower and Immigration*, [1976] 1 S.C.R. 376, and *Bliss v. A.G. Canada*, [1979] 1 S.C.R. 183, has advanced the proposition that legislation passed by Parliament does not offend against the principle of equality before the law if passed in pursuance of a "valid federal objective". The significance of these words must be examined.

Prior to the passing of the *Canadian Bill of Rights*, Parliament could have passed in the exercise of its power under s. 91(7) of the *British North America Act* without restriction such legislation in respect of the governance and control of the armed forces as it wished. The *Canadian Bill of Rights*, however, has introduced another dimension and federal legislation must now be construed according to its precepts. Certainly the creation and maintenance of the armed forces of the land constitute a valid federal objective within the legislative competence of the federal Parliament. A valid federal objective, however, must mean something more than an objective which simply falls within the federal legislative competence under the *British North America Act*. Even in the absence of the *Canadian Bill of Rights*, a federal enactment could not be supported constitutionally if it did not embody such an objective. The word "valid" in this context must import a concept of validity not only within the field of constitutional legislative competence but also valid in the sense that it does not offend the *Canadian Bill of Rights*. Our task then is to determine whether in pursuit of an admittedly constitutional federal objective Parliament has, contrary to the provisions of the *Canadian Bill of Rights*, created for those subject to military law a condition of inequality before the law.

It seems to me that it is incontestable that Parliament has the power to legislate in such a way as to affect one group or class in society as distinct from another without any necessary offence to the *Canadian Bill of Rights*. The problem arises however when we attempt to determine

infraction au droit criminel canadien ou, comme en l'espèce, à la *Loi sur les stupéfiants*, les prive de l'égalité devant la loi en violation de l'al. 1*b*) et de l'art. 2 de la *Déclaration canadienne des droits*.

Dans l'arrêt *La Reine c. Drybones*, [1970] R.C.S. 282, cette Cour a décidé que la *Déclaration canadienne des droits* rendait inopérante une loi fédérale validement adoptée lorsque celle-ci violait le droit d'un citoyen à l'égalité devant la loi. L'interprétation prétorienne de l'expression «égalité devant la loi» que l'on trouve dans des arrêts comme *La Reine c. Burnshine*, [1975] 1 R.C.S. 693; *Prata c. Le ministre de la Main-d'oeuvre et de l'Immigration*, [1976] 1 R.C.S. 376; et *Bliss c. Le Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 183, a avancé la proposition qu'une loi adoptée par le Parlement ne contrevient pas au principe de l'égalité devant la loi si elle est adoptée en cherchant l'accomplissement d'un «objectif fédéral régulier». Il faut examiner le sens de cette expression.

Avant l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*, le Parlement aurait pu, dans l'exercice du pouvoir que lui confère le par. 91(7) de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*, adopter sans restriction toute loi relative à l'administration et à la réglementation des forces armées. Cependant, la *Déclaration canadienne des droits* a introduit une autre dimension et il faut maintenant interpréter les lois fédérales conformément à ses préceptes. La création et le maintien des forces armées du pays constituent sans aucun doute un objectif fédéral régulier relevant de la compétence du Parlement fédéral. Un objectif fédéral régulier doit cependant signifier plus qu'un objectif qui relève simplement de la compétence législative fédérale en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique*. Même en l'absence de la *Déclaration canadienne des droits*, une loi fédérale serait inconstitutionnelle si elle ne visait pas pareil objectif. Le terme «régulier» dans ce contexte doit introduire un concept de validité non seulement dans le champ de compétence législative constitutionnelle mais aussi de validité dans le sens de respect de la *Déclaration canadienne des droits*. Notre tâche consiste donc à déterminer si, dans la poursuite d'un objectif fédéral dont on ne conteste pas la constitutionnalité, le Parlement a, contrairement aux dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*, créé pour les personnes assujetties au droit militaire une situation d'inégalité devant la loi.

Il me paraît incontestable que le Parlement a le pouvoir de légiférer de façon à viser un groupe ou une catégorie de la société plutôt qu'un autre sans nécessairement enfreindre pour autant la *Déclaration canadienne des droits*. Le problème se soulève cependant

mine an acceptable basis for the definition of such a separate class, and the nature of the special legislation involved. Equality in this context must not be synonymous with mere universality of application. There are many differing circumstances and conditions affecting different groups which will dictate different treatment. The question which must be resolved in each case is whether such inequality as may be created by legislation affecting a special class—here the military—is arbitrary, capricious or unnecessary, or whether it is rationally based and acceptable as a necessary variation from the general principle of universal application of law to meet special conditions and to attain a necessary and desirable social objective.

There are many such acceptable distinctions recognized in the law. If we are to have safety on the highways, the blind or those with deficient sight must be forbidden to drive. If young people and children are to be protected and their welfare fostered in youth, we have long recognized that special legislative provisions must be made for them imposing restrictions and limitations upon their freedom more stringent than upon adults. In matters of criminology, differences which have been considered conductive to the welfare of society and to young offenders have been considered permissible (see *Regina v. Burnshine*, *supra*). There are many such cases where the needs of society and the welfare of its members dictate inequality for the achievement of socially desirable purposes. It would be difficult, if not impossible, to propound an all-embracing test to determine what departures from the general principle of the equal application of law would be acceptable to meet a desirable social purpose without offence to the *Canadian Bill of Rights*. I would be of the opinion, however, that as a minimum it would be necessary to inquire whether any inequality has been created for a valid federal constitutional objective, whether it has been created rationally in the sense that it is not arbitrary or capricious and not based upon any ulterior motive or motives offensive to the provisions of the *Canadian Bill of Rights*, and whether it is a necessary departure from the general principle of universal application of the law for the attainment of some necessary and desirable social objective. Inequalities created for such purposes may well be acceptable under the *Canadian Bill of Rights*.

Applying this test, it seems to me that the creation of a body of military law and the tribunals necessary for its administration, involving as a necessary incident thereto different treatment at law for servicemen in certain cases from that afforded to civilians, does not by itself

lorsque l'on tente d'établir un fondement acceptable à la définition de ces catégories distinctes, et la nature de la loi particulière en cause. Dans ce contexte, égalité ne doit pas être synonyme de simple application universelle. Bien des circonstances et conditions différentes touchent des groupes différents ce qui dicte des traitements différents. La question à résoudre dans chaque cas est celle de savoir si l'inégalité qui peut être créée par la loi vis-à-vis d'une catégorie particulière—ici les militaires—est arbitraire, fantaisiste ou superflue, ou si elle a un fondement rationnel et acceptable en tant que dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi pour faire face à des conditions particulières et atteindre un objectif social nécessaire et souhaitable.

Le droit reconnaît de nombreuses distinctions acceptables de cette sorte. Pour la sécurité sur les routes, il faut interdire aux aveugles ou aux personnes dont la vue est insuffisante de conduire. Pour protéger les adolescents et les enfants et favoriser leur bien-être, il est depuis longtemps reconnu qu'il faut adopter à leur égard des dispositions législatives particulières qui imposent à leur liberté des restrictions et des limites plus sévères que celles imposées aux adultes. En criminologie, on a décidé que des distinctions considérées comme favorables au bien-être de la société et des jeunes délinquants sont jugées admissibles (voir *La Reine c. Burnshine*, précité). Les cas sont légions où les besoins de la société et le bien-être de ses membres exigent une inégalité pour l'accomplissement d'objectifs socialement souhaitables. Il serait difficile, sinon impossible, d'énoncer un critère exhaustif qui déterminerait quelles dérogations au principe général de l'application égale de la loi seraient acceptables pour satisfaire un objectif social souhaitable sans contrevenir à la *Déclaration canadienne des droits*. Je suis d'avis, cependant, qu'au minimum, il faudrait se demander si l'on a créé l'inégalité en cherchant l'accomplissement d'un objectif fédéral constitutionnel et régulier, si elle a été créée rationnellement en ce sens qu'elle n'est ni arbitraire ni fantaisiste et ne tire son origine d'aucun motif inavoué ou contraire aux dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*, et s'il s'agit d'une dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi dans la recherche d'un objectif social nécessaire et souhaitable. Il se peut bien que les inégalités créées à ces fins soient acceptables aux termes de la *Déclaration canadienne des droits*.

Si l'on applique ce critère, il me semble que la création d'un droit militaire et des tribunaux que requiert son application, ce qui implique nécessairement que, dans certains cas, le traitement juridique des militaires sera différent de celui des civils, ne constitue pas en soi

constitute a denial of equality before the law contrary to the provisions of the *Canadian Bill of Rights*. It is apparent that the creation of military law and its courts was undertaken in pursuit of a constitutional federal objective. It has been done in my view rationally, not arbitrarily or capriciously, and no ulterior motive has been shown which could be construed as an assault upon any of the rights, liberties and freedoms protected by the *Canadian Bill of Rights*. It seems abundantly clear to me that the emergence of a body of military law with its judicial tribunals has been made necessary because of the peculiar problems which face the military in the performance of its varied tasks. In my opinion, the recognition of the military as a class within society in respect of which special legislation exists dealing with legal rights and remedies, including special courts and methods of trial, fulfilling as it does a socially desirable objective, does not offend the *Canadian Bill of Rights*.

It must not however be forgotten that, since the principle of equality before the law is to be maintained, departures should be countenanced only where necessary for the attainment of desirable social objectives, and then only to the extent necessary in the circumstances to make possible the attainment of such objectives. The needs of the military must be met but the departure from the concept of equality before the law must not be greater than is necessary for those needs. The principle which should be maintained is that the rights of the serviceman at civil law should be affected as little as possible considering the requirements of military discipline and the efficiency of the service. With this concept in mind, I turn to the situation presented in this case.

Section 2 of the *National Defence Act* defines a service offence as "an offence under this Act, the *Criminal Code*, or any other Act of the Parliament of Canada, committed by a person while subject to the Code of Service Discipline". The Act also provides that such offences will be triable and punishable under military law. If we are to apply the definition of service offence literally, then all prosecutions of servicemen for any offences under any penal statute of Canada could be conducted in military courts. In a country with a well-established judicial system serving all parts of the country in which the prosecution of criminal offences and the constitution of courts of criminal jurisdiction is the responsibility of the provincial governments, I find it impossible to accept the proposition that the legitimate needs of the military extend so far. It is not necessary for the attainment of any socially desirable objective connected with the military service to extend the reach of the military courts to that extent. It may well be said that the military courts will not, as a matter of practice,

un déni d'égalité devant la loi contraire aux dispositions de la *Déclaration canadienne des droits*. Il est clair que la création d'un droit militaire et de tribunaux s'est faite dans le cadre de l'accomplissement d'un objectif fédéral constitutionnel. À mon avis, cela s'est fait rationnellement, sans arbitraire ni caprice, et l'on n'a établi aucun motif inavoué pouvant s'interpréter comme une atteinte à un droit ou à une liberté protégés par la *Déclaration canadienne des droits*. Il me paraît très clair que l'apparition du droit et des tribunaux militaires est la suite logique des problèmes particuliers que rencontrent les militaires dans l'accomplissement de leurs diverses tâches. Il est socialement souhaitable de reconnaître que les militaires forment une catégorie au sein de la société à l'égard de laquelle existent des lois particulières relatives aux droits et recours, y compris des tribunaux et des procédures particuliers, ce qui, à mon avis, ne contrevient pas à la *Déclaration canadienne des droits*.

Il ne faut cependant pas oublier que, puisqu'on doit respecter le principe de l'égalité devant la loi, on ne peut y déroger que lorsque cela est nécessaire pour accomplir des objectifs socialement souhaitables et, dans ce cas, seulement dans la mesure nécessaire pour y parvenir dans les circonstances. Il faut répondre aux besoins des forces armées, mais l'on ne doit pas déroger au principe de l'égalité devant la loi plus que cela n'est nécessaire. Le principe à respecter est celui de l'intervention la plus minime possible dans les droits d'un soldat en vertu du droit commun compte tenu des exigences de la discipline militaire et de l'efficacité des forces armées. Avec ce concept à l'esprit, je passe maintenant à la situation présente.

L'article 2 de la *Loi sur la défense nationale* définit une infraction militaire comme «une infraction visée par la présente loi, par le *Code criminel* ou par toute autre loi du Parlement du Canada, et commise par une personne pendant son assujettissement au Code de discipline militaire». La Loi porte également que ces infractions pourront faire l'objet de poursuites et de sanctions conformément au droit militaire. Si nous appliquons littéralement la définition d'infraction militaire, toutes poursuites contre des militaires pour toute infraction à toute loi pénale canadienne pourraient être menées devant des tribunaux militaires. Dans un pays doté d'un système judiciaire bien établi desservant toutes les régions du pays et où la poursuite des infractions criminelles et la constitution des tribunaux de juridiction criminelle incombent aux gouvernements provinciaux, il m'est impossible d'accepter la thèse que les besoins légitimes des forces armées aillent aussi loin. Pour atteindre un objectif socialement souhaitable relié à la vie militaire, il n'est pas nécessaire d'étendre autant la

seek to extend their jurisdiction over the whole field of criminal law as it affects the members of the armed services. This may well be so, but we are not concerned here with the actual conduct of military courts. Our problem is one of defining the limits of their jurisdiction and in my view it would offend against the principle of equality before the law to construe the provisions of the *National Defence Act* so as to give this literal meaning to the definition of a service offence. The all-embracing reach of the questioned provisions of the *National Defence Act* goes far beyond any reasonable or required limit.

. . .

It is of course evident that there are many matters peculiar to the military which require a special code and special courts. I refer to what I would describe as specifically military offences, such as absence without leave, desertion, insubordination, failure to observe and comply with military regulations regarding care and handling and use of military store and equipment, failure to obey lawful commands of officers and a host of other matters dealt with in the *National Defence Act* which relate to service matters and concerns and which require special military rules and procedures. These form part of the proper field of military law and military courts. There are, in addition, other offences which, while offences under the civil law, are also, when committed by servicemen in relation to military service, properly to be considered within the scope of the military courts. Theft is a criminal offence punishable in the civil courts but it would, I suggest, be impossible to say that theft by one soldier from another in barracks is not as well an offence which could be categorized as a military offence and come within the purview of military law. The same is true of trafficking or possession of forbidden narcotics in barracks, the same is true of many other matters and the military courts must have power to deal with them in addition to those offences which could be categorized as military offences pure and simple.

The question then arises: how is a line to be drawn separating the service-related or military offence from the offence which has no necessary connection with the service? In my view, an offence which would be an offence at civil law, when committed by a civilian, is as well an offence falling within the jurisdiction of the courts martial and within the purview of military law when committed by a serviceman if such offence is so

compétence des tribunaux militaires. On peut bien dire qu'en pratique, les tribunaux militaires ne chercheront pas à étendre leur compétence au champ entier du droit pénal applicable aux membres des forces armées. C'est peut-être bien le cas, mais nous n'avons pas à examiner la conduite des tribunaux militaires dans les faits. Notre problème consiste à définir les limites de leur compétence et, à mon avis, ce serait contrevenir au principe de l'égalité devant la loi que d'interpréter les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* de façon à donner ce sens littéral à la définition d'infraction militaire. La portée exhaustive des dispositions en cause de la *Loi sur la défense nationale* dépasse toute limite raisonnable ou nécessaire.

. . .

Certes, il est évident qu'il y a plusieurs questions particulières aux forces armées qui exigent un code particulier et des tribunaux particuliers. Je pense aux infractions que je qualifierais de proprement militaires, comme l'absence sans permission, la désertion, l'insubordination, le non-respect des règlements militaires relatifs au soin et à la manutention du matériel et de l'équipement militaires, le défaut d'obéir aux ordres licites des officiers et de nombreuses autres questions visées par la *Loi sur la défense nationale*, qui sont reliées aux problèmes et préoccupations des forces armées et qui exigent des règles et des procédures militaires particulières. Il s'agit là de questions qui relèvent à bon droit de la compétence du droit militaire et des tribunaux militaires. Il y a en outre des infractions qui, bien qu'elles constituent des infractions de droit commun, doivent également relever des tribunaux militaires lorsqu'elles sont commises par des soldats dans le cadre de leur activité militaire. Le vol est une infraction criminelle punissable par les tribunaux civils, mais, à mon avis, il est impossible de dire que lorsqu'un soldat en vole un autre dans une caserne, on ne peut pas également qualifier cette infraction d'infraction militaire relevant du droit militaire. On peut dire la même chose du trafic ou de la possession de stupéfiants prohibés dans une caserne et de nombreuses autres questions; les tribunaux militaires doivent avoir le pouvoir de les juger en plus des infractions que l'on pourrait qualifier d'infractions militaires pures et simples.

La question se pose donc ainsi: comment tracer la ligne de démarcation entre les infractions militaires ou reliées aux forces armées et celles qui n'y sont pas nécessairement reliées. À mon avis, une infraction qui constitue une infraction de droit commun, si elle est commise par un civil, est également une infraction relevant de la compétence des cours martiales et du droit militaire si elle est commise par un soldat, lorsque cette

connected with the service in its nature, and in the circumstances of its commission, that it would tend to affect the general standard of discipline and efficiency of the service. I do not consider it wise or possible to catalogue the offences which could fall into this category or try to describe them in their precise nature and detail. The question of jurisdiction to deal with such offences would have to be determined on a case-by-case basis. A serviceman charged in a service court who wished to challenge the jurisdiction of the military court on this basis could do so on a preliminary motion. It seems, by way of illustration, that a case of criminal negligence, causing death resulting from the operation of a military vehicle by a serviceman in the course of his duty, would come within the jurisdiction of the court martial, while the same accident, occurring while the serviceman was driving his own vehicle on leave and away from his military base or any other military establishment, would clearly not. It may be observed that, on an admittedly different constitutional basis, this approach has been taken in American courts where a possible conflict of jurisdiction has arisen between the military tribunals and the civil courts.

I would therefore hold that the provisions of the *National Defence Act*, in so far as they confer jurisdiction upon courts martial to try servicemen in Canada for offences which are offences under the penal statutes of Canada for which civilians might also be tried, and where the commission and nature of such offences has no necessary connection with the service, in the sense that their commission does not tend to affect the standards of efficiency and discipline of the service, are inoperative as being contrary to the *Canadian Bill of Rights* in that they create inequality before the law for the serviceman involved.

Turning to the case at bar, I have no difficulty in holding that the offences here under consideration are sufficiently connected with the service to come within the jurisdiction of the military courts. Trafficking and possession of narcotics, in a military establishment, can have no other tendency than to attack the standards of discipline and effeciency of the service and must clearly come within the jurisdiction of the military courts and I would , therefore, dismiss the appeal.

I adopt the above-quoted reasons in *MacKay*, *supra*.

The test which is emphasized throughout those reasons is that of the necessity of a specific discrimination with respect to the attainment of a desirable social objective:

infraction est, par sa nature et par les circonstances de sa perpétration, à ce point reliée à la vie militaire qu'elle serait susceptible d'influer sur le niveau général de discipline et d'efficacité des forces armées. Je ne crois pas qu'il soit sage, ni possible, d'énumérer les infractions qui entrent dans cette catégorie ou d'essayer de les décrire en détail. Il faut décider dans chaque cas s'il y a compétence sur ces infractions. Un soldat inculpé devant un tribunal militaire et qui désire en contester la compétence pour ce motif pourra le faire par une requête préliminaire. À titre d'exemple, si par la mise en service d'un véhicule militaire, un soldat dans l'exercice de ses fonctions tue quelqu'un, ce cas de négligence criminelle relèvera de la compétence de la cour martiale, alors que si le même accident se produit quand le soldat conduit son propre véhicule pendant une permission et hors de sa base militaire ou de toute autre installation militaire, il en sera clairement exclu. On peut faire remarquer que, bien que sur un fondement constitutionnel différent, les tribunaux américains ont adopté cette façon de voir dans le cas de conflit de juridiction possible entre les tribunaux militaires et les tribunaux civils.

Je suis donc d'avis que lorsque les dispositions de la *Loi sur la défense nationale* confèrent aux cours martiales compétence pour juger des soldats au Canada pour des infractions qui constituent des infractions aux lois pénales canadiennes pour lesquelles des civils pourraient également être poursuivis, et lorsque ni la perpétration ni la nature de ces infractions ne sont nécessairement reliées aux forces armées, en ce sens qu'elles ne tendent pas à influer sur les niveaux d'efficacité et de discipline des forces armées, elles sont inopérantes parce que contraires à la *Déclaration canadienne des droits*, puisqu'elles créent pour le militaire en cause une inégalité devant la loi.

En l'espèce, je n'ai aucune difficulté à conclure que les infractions en cause sont suffisamment reliées à la vie militaire pour relever de la compétence des tribunaux militaires. Le trafic et la possession de stupéfiants, sur une base militaire, ne peuvent avoir d'autre effet que de porter atteinte aux niveaux de discipline et d'efficacité des forces armées et doivent de toute évidence relever de la compétence des tribunaux militaires et, par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Je fais miens les motifs de l'arrêt *MacKay*, précité, que je viens de reproduire.

Le critère qui ressort de ces motifs veut que la nécessité d'établir une distinction précise soit en vue d'atteindre un objectif social souhaitable:

The question which must be resolved in each case is whether such inequality as may be created by legislation affecting a special class ... is arbitrary, capricious or unnecessary, or whether it is rationally based and acceptable as a necessary variation from the general principle of universal application of law to meet special conditions and to attain a necessary and desirable social objective.

(Emphasis added.)

Furthermore, the test is all the more exacting in that it includes an essential element of proportionality; even where variation from the principle of universal application of the law is justified, the principle cannot be tampered with to a degree or to an extent which goes beyond what is necessary to reach a desirable social objective:

... since the principle of equality before the law is to be maintained, departures should be countenanced only where necessary for the attainment of desirable social objectives, and then only to the extent necessary in the circumstances to make possible the attainment of such objectives. The needs of the military must be met but the departure from the concept of equality before the law must not be greater than is necessary for those needs.

(Emphasis added.)

To the extent that a specific discrimination is unnecessary to achieve a valid social objective, it is arbitrary or capricious and in violation of the principle of equality.

It seems to me that this test, including its element of proportionality, clearly extends to the manner or means chosen to achieve a valid federal objective, particularly where this manner or these means introduce the very inequality complained of. This manner or these means must then be carefully scrutinized by the courts and they must be struck down whenever they do not meet the test.

Applying this test to the facts of the case at bar, it evidently cannot be said that the distinction made by s. 29.1 of the *Judges Act* between incumbent judges was necessary to achieve the above-mentioned federal objective. This distinction was effected by the selection of the date of first reading of the bill as a cut-off point to implement the

La question à résoudre dans chaque cas est celle de savoir si l'inégalité qui peut être créée par la loi vis-à-vis d'une catégorie particulière [...] est arbitraire, fantaisiste ou superflue, ou si elle a un fondement rationnel et acceptable en tant que dérogation nécessaire au principe général de l'application universelle de la loi pour faire face à des conditions particulières et atteindre un objectif social nécessaire et souhaitable.

(C'est moi qui souligne.)

En outre, le critère est d'autant plus exigeant qu'il comprend un élément essentiel de proportionnalité; même lorsque la dérogation au principe de l'application universelle de la loi est justifiée, on ne peut déroger au principe plus que ce qui est nécessaire pour atteindre un objectif social souhaitable:

... puisqu'on doit respecter le principe de l'égalité devant la loi, on ne peut y déroger que lorsque cela est nécessaire pour accomplir des objectifs socialement souhaitables et, dans ce cas, seulement dans la mesure nécessaire pour y parvenir dans les circonstances. Il faut répondre aux besoins des forces armées, mais l'on ne doit pas déroger au principe de l'égalité devant la loi plus que cela n'est nécessaire.

(C'est moi qui souligne.)

Dans la mesure où une distinction précise n'est pas nécessaire pour atteindre un objectif social valable ou régulier, elle est arbitraire ou fantaisiste et déroge au principe de l'égalité.

Il me semble que ce critère, y compris son élément de proportionnalité, vise clairement la manière ou les moyens choisis pour atteindre un objectif fédéral valable, particulièrement lorsque cette manière ou ces moyens introduisent l'inégalité même dont on se plaint. Cette manière ou ces moyens doivent alors être examinés soigneusement par les tribunaux, et ils doivent être écartés lorsqu'ils ne satisfont pas au critère.

Si l'on applique ce critère aux faits de l'espèce, on ne peut évidemment pas dire que la distinction établie par l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* entre les juges en fonction était nécessaire pour atteindre l'objectif fédéral susmentionné. Cette distinction a été établie par le choix de la date de la première lecture du projet de loi comme date limite pour

phasing-in feature of the federal enactment and there was clearly no necessity to select this date.

In order to prevent hoarding and other type of speculation, budgetary measures are sometimes enforced from the time they are announced in the House of Commons and there might be similar rational motives to make a law retroactive to the time it was introduced in Parliament. But no such rational motives have been advanced or appear to exist in the case at bar where the selection of the cut-off point, with its discriminatory effect, is entirely arbitrary and capricious. The selection of a cut-off point reaching back two or three years earlier for instance would appear even more glaringly arbitrary and in my view, in the circumstances of the case at bar, there is no difference in the date of first reading that makes its selection any less arbitrary and capricious than the selection of an earlier date.

It may well be that if Parliament wanted to phase-in the implementation of the new measure and to abide by s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights*, its only choice as to the cut-off date was the date of enactment. The selection of the latter date would admittedly have put all incumbent judges and judges appointed after the date of enactment on a different footing. But that is what "grandfather" clauses are about and it is accepted in the case at bar that "grandfathering" was an essential feature of the valid federal objective pursued by Parliament. The only alternative would be to hold that Parliament could not "grandfather" incumbent judges at all without offending the principle of equality before the law. Nobody has made such a far-reaching submission which would run contrary to a seemingly ancient and constant usage, as was indicated by Addy J. at p. 557 of the Federal Court Reports:

> ... the numerous Canadian statutes effecting judges' salaries enacted since 1846 until 1932 quoted by the defendant ... clearly establish various categories of compensation for judges of equal rank from time to time, without the slightest objection being raised even indirectly on the grounds that the legislation was dis-

procéder à l'introduction progressive de la mesure législative fédérale et il n'était nettement pas nécessaire de choisir cette date.

Pour empêcher que la thésaurisation ou d'autre genre de spéculation, les mesures budgétaires entrent parfois en vigueur au moment où elles sont annoncées à la Chambre des communes et il pourrait y avoir des motifs rationnels semblables pour qu'une loi s'applique rétroactivement au moment où elle a été présentée devant le Parlement. Toutefois, aucun motif rationnel de cette nature n'a été présenté ou ne semble exister dans le présent cas où le choix de la date, avec son effet discriminatoire, est entièrement arbitraire et fantaisiste. Le choix d'une date limite remontant à deux ou trois années plus tôt par exemple, paraîtrait arbitraire de manière encore plus flagrante et, à mon avis, dans les circonstances de l'espèce, il n'y a aucune différence dans la date de la première lecture qui rende ce choix moins arbitraire et fantaisiste que le choix d'une date antérieure.

Il se peut bien que si le Parlement avait voulu introduire progressivement la nouvelle mesure et respecter l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits*, il n'aurait pu choisir comme date limite que la date de l'adoption. Le choix de cette dernière date aurait certes eu pour effet de classer à des niveaux différents les juges qui étaient déjà en fonction et les juges nommés après la date de l'adoption. C'est ce que visent les clauses d'exclusion fondée sur la protection du statu quo et il est admis en l'espèce qu'une telle exclusion constituait une caractéristique essentielle de l'objectif fédéral valable visé par le Parlement. La seule autre solution serait de conclure que le Parlement ne pouvait pas du tout exclure les juges qui étaient déjà en fonction sans contrevenir au principe de l'égalité devant la loi. Nul n'a présenté un argument allant aussi loin qui serait contraire à un usage apparemment ancien et constant comme l'a indiqué le juge Addy à la p. 557 du Recueil des arrêts de la Cour fédérale:

> ... les nombreuses lois canadiennes citées par la défenderesse concernant le traitement des juges, adoptées depuis 1846 jusqu'en 1932 [...] établissent clairement diverses catégories de traitement pour des juges de rang égal, sans que la moindre objection ait été soulevée, même indirectement, au motif que la loi ait été discrimi-

criminatory. It is important to note also, however, that in this legislation whenever required to protect the compensation being paid to incumbents, "grandfather" clauses were inserted in the legislation and that, in the one or two cases where that precaution was not taken at the time of the passing of the legislation, an amending statute was subsequently enacted to rectify the situation. (V.g.: S.C. 1927, c. 33 which reduced the retirement annuity of certain judges to two-thirds of salary was amended by S.C. 1930, c. 27 where retirement at full salary of those judges was restored).

Furthermore, judges appointed after the date of enactment know or are presumed to know the law when they freely accept the appointment, and none of them has ever been treated on the same footing as judges who have been "grandfathered": they are members of a new class the creation of which was necessary to attain a valid federal objective.

Assuming that Parliament is under no constitutional obligation to "grandfather" any incumbent judge, it may appear anomalous, at first, that it should be blamed for not "grandfathering" all incumbent judges, but only some of them, albeit the majority in this case. The apparent anomaly is explained however when it is remembered that the principle of equality is capable of being offended against by the uneven granting of favourable treatment within a class, as well as by the uneven imposition of unfavourable treatment.

In the above-quoted passage of their factum, counsel for the appellant write that the

> ... progressive implementation of full contributions protected the legitimate expectations of the judges appointed prior to April [*sic*] 17, 1975 ...

(Emphasis added.)

And I note that in his reasons for judgment, the Chief Justice characterizes the same concept as "the settled expectations" of earlier appointees. With the greatest of respect, I fail to see why the respondent's expectations were any less settled or legitimate than those of his fellow judges appointed before the date of first reading of the bill.

natoire. Il est important de noter également toutefois que, dans cette législation, lorsqu'il était nécessaire de protéger la rémunération versée aux titulaires, les diverses lois comprenaient des clauses [préservant le statu quo] et que, dans un ou deux cas où cette précaution n'avait pas été prise à l'époque de l'adoption de la loi, une loi modificatrice a subséquemment été adoptée pour corriger la situation. (Voir par exemple: S.C 1927, c. 33 qui réduisait la pension de retraite de certains juges à deux tiers de leur traitement fut modifié par S.C. 1930, c. 27 qui rétablissait pour ces juges la pension à plein traitement.)

En outre, les juges nommés après la date de l'adoption connaissent ou sont présumés connaître la loi lorsqu'ils acceptent librement leur nomination, et aucun d'entre eux n'a jamais été traité sur le même pied que les juges exclus pour préserver le statu quo: ils font partie d'une nouvelle classe dont la création était nécessaire pour atteindre un objectif fédéral valable ou régulier.

Si l'on présume que le Parlement n'est pas obligé en vertu de la Constitution d'exclure un juge en fonction afin de préserver le statu quo, il peut sembler anormal au départ qu'on lui reproche d'exclure non pas tous les juges qui étaient en fonction, mais seulement certains d'entre eux quoique ce soit la majorité en l'espèce. Toutefois, cette anomalie apparente s'explique lorsqu'on se rappelle que le principe de l'égalité peut être violé par l'octroi inégal d'un traitement favorable au sein d'une catégorie, de même que par l'imposition inégale d'un traitement défavorable.

Dans le passage précité de leur mémoire, les avocats de l'appelante affirment que

> ... [l']introduction graduelle de la pleine participation protégeait les attentes légitimes des juges nommés avant le 17 avril (*sic*) 1975 ...

(C'est moi qui souligne.)

De plus, je remarque que, dans ses motifs de jugement, le Juge en chef caractérise le même concept comme les «attentes fondées» des juges qui étaient en fonction. Avec les plus grands égards, je ne vois pas pourquoi les attentes de l'intimé étaient moins fondées ou légitimes que celles de ses collègues nommés avant la date de la première lecture du projet de loi.

Implicit in the position of the appellant is the following proposition: if the respondent, unlike judges appointed before February 17, 1975 could have no expectations susceptible to be protected, it must be because he was put on notice that the *Judges Act* was likely to be amended by the mere fact of first reading of the bill, and he should have been alerted to the risk of changing his position. It is the only rational explanation that comes to mind for the selection of the cut-off date and it is the only one that is inferentially suggested in appellant's factum. It is also an explanation which must have crossed the mind of the trial judge who, at p. 548 of the Federal Court Reports wrote as follows, and correctly so in my view:

> Although one is deemed to know the law of the land, there is no such presumption in the case of Bills not yet enacted. No one is bound by their contents. Having regard to the substantive and progressive emasculation of certain Bills in their stormy passage through Parliament, such Bills as are finally passed into law frequently bear little resemblance either in substance or in form to the original proposal. It would be grossly unjust to impute to anyone, other than perhaps a Member of Parliament, constructive knowledge of the business of Parliament.

The suggestion that the respondent may have been put on notice by the mere fact of first reading is not only factually erroneous in this case where it is conceded that he was unaware of that fact: it is also founded on a dangerous and far-reaching error in law in that it presumes knowledge of and reliance upon a bill as opposed to knowledge of and reliance upon the law.

On January 27, 1976, the Minister of Justice and Attorney General of Canada responded in writing to a letter written to him by the respondent. After stating that the impugned enactment had received Royal Assent on December 20, 1975, with its provisions unchanged, the Minister's letter continues as follows:

> Prior to this event I had raised your concerns with several of my colleagues and indeed, an attempt was

La proposition suivante découle implicitement de la position de l'appelante: à supposer que l'intimé, contrairement aux juges nommés avant le 17 février 1975, ne pouvait avoir aucune attente susceptible d'être protégée, ce doit être parce qu'on l'a avisé que la *Loi sur les juges* serait probablement modifiée par le simple fait de la première lecture du projet de loi et il aurait dû être prévenu du risque qu'il courait s'il changeait sa position. C'est la seule explication rationnelle qui vient à l'esprit pour expliquer le choix de la date limite et c'est la seule qu'on peut déduire du mémoire de l'appelante. C'est également une explication qui doit avoir traversé l'esprit du juge de première instance qui, à la p. 548 du Recueil des arrêts de la Cour fédérale a écrit ce qui suit et à mon avis à bon droit:

> Si nul n'est censé ignorer la loi, il n'existe pas de présomption semblable dans le cas de projets de loi qui ne sont pas encore adoptés. Nul n'est lié par leur contenu. Si l'on tient compte des modifications importantes et de l'émasculation progressive de certains projets de loi au cours des débats au Parlement, les projets de loi qui sont finalement adoptés ressemblent souvent très peu, tant sur le plan du fond que de la forme, au projet original. Il serait tout à fait injuste que quiconque, sauf peut-être un membre du Parlement, soit, par présomption, tenu de connaître les travaux du Parlement.

La proposition selon laquelle l'intimé peut avoir été avisé par le simple fait de la première lecture n'est pas seulement erronée en ce qui a trait aux faits de l'espèce où l'on reconnaît qu'il n'était pas au courant de ce fait: elle est également fondée sur une erreur de droit dangereuse et d'une grande portée en ce sens qu'elle présume la connaissance de l'existence d'un projet de loi et le fait de se fonder sur celui-ci par opposition à la connaissance de la loi et au fait de se fonder sur celle-ci.

Le 27 janvier 1976, le ministre de la Justice et Procureur général du Canada a répondu par écrit à une lettre que lui avait fait parvenir l'intimé. Après avoir déclaré dans sa lettre que la mesure législative contestée avait reçu sans modification la sanction royale le 20 décembre 1975, le Ministre poursuit de la manière suivante:

> [TRADUCTION] Avant cet événement, j'avais fait part de vos inquiétudes à plusieurs de mes collègues et, en fait,

made while the Bill was before the joint House of Commons-Senate Committee to amend the clause so that the higher rate of contributions would apply only to judges appointed to office after the Royal Assent date. Unfortunately, the amendment that would have had this result was ruled out of order on procedural grounds.

on a tenté, pendant que le projet de loi était devant le comité conjoint de la Chambre des communes et du Sénat, de modifier la clause de manière à ce que le taux plus élevé de participation ne s'applique qu'aux juges nommés après la date de la sanction royale. Malheureusement, la modification qui aurait eu cet effet a été écartée pour des motifs de procédure.

In my opinion, this late and unsuccessful attempt to have the bill amended along the lines indicated by the Minister, and the Minister's letter constitute an admission that the bill in question was flawed in that it unnecessarily discriminated against certain incumbent judges.

À mon avis, cette tentative tardive et infructueuse de faire modifier le projet de loi comme l'indique le Ministre et la lettre du Ministre constituent une reconnaissance que le projet de loi en question était vicié en ce qu'il établissait une distinction inutile à l'égard de certains juges qui étaient en fonction.

I have reached the conclusion that s. 29.1(2) of the *Judges Act* is inconsistent with s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* and that the respondent is entitled to a declaration that this subsection is inoperative in so far as the respondent is concerned.

J'arrive à la conclusion que le par. 29.1(2) de la *Loi sur les juges* est incompatible avec l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits* et que l'intimé a le droit d'obtenir un jugement déclaratoire portant que ce paragraphe est inopérant dans la mesure où l'intimé est concerné.

In addition, the respondent seeks a declaration that the words "before February 17, 1975" in s. 29.1(1) of the *Judges Act* are inoperative in so far as he is concerned. The reason why the respondent is seeking such a declaration, according to his factum, is to avoid being placed on a higher footing than that of his senior colleagues, appointed before February 17, 1975, who at present, have to contribute one and one-half per cent of their salary to the Consolidated Revenue Fund. In other words, the respondent is asking us to remedy one element of inequality with his colleagues, but not at the cost of creating or leaving another element of inequality within the same class of judges.

De plus, l'intimé cherche à obtenir un jugement déclaratoire portant que les mots «avant le 17 février 1975», que l'on trouve au par. 29.1(1) de la *Loi sur les juges*, sont inopérants dans la mesure où il est concerné. La raison pour laquelle l'intimé cherche à obtenir un tel jugement déclaratoire, selon son mémoire, est qu'il veut éviter d'être placé dans une meilleure situation que ses collègues déjà en fonction et nommés avant le 17 février 1975 qui, jusqu'à maintenant, ont versé au Fonds du revenu consolidé une contribution égale à un et demi pour cent de leur traitement. En d'autres termes, l'intimé nous demande de remédier à un élément d'inégalité vis-à-vis de ses collègues, mais pas au prix de créer ou de laisser subsister un autre élément d'inégalité au sein de la même catégorie de juges.

On the face of it, we could not grant such a declaration at large without creating an insoluble problem: judges appointed after February 16, 1975 would then have to contribute one and one-half per cent of their salary in addition to the seven per cent they have to contribute under s. 29.1(2). However, no problem would arise, so far as I can see, if the effect of the declaration is limited to the respondent.

À première vue, nous ne pourrions pas accorder un tel jugement déclaratoire général sans créer un problème insoluble: les juges nommés après le 16 février 1975 devraient alors verser une contribution égale à un et demi pour cent de leur traitement en plus du sept pour cent qu'ils doivent verser en vertu du par. 29.1(2). Toutefois aucun problème ne se poserait, je pense, si le jugement déclaratoire avait un effet limité à l'intimé.

The respondent is not asking us to redraft the impugned enactment but simply to declare these few words inoperative in so far as he is concerned, in order to restore complete equality within the class to which he belongs. I have reached the conclusion that it is legitimate for him to seek complete redress in a case of this sort and that he is entitled to the full declaration he is requesting.

Before I reach my final conclusion, I should perhaps state that a short time before the respondent's appointment, judges' salaries were increased by 39 per cent, and pensions to widowed spouses and children by 50 per cent: *An Act to amend the Judges Act and certain other Acts for related purposes and in respect of the reconstitution of the Supreme Courts of Newfoundland and Prince Edward Island*, S.C. 1974-75-76, c. 48. These increases together with the subsequent enactment of s. 29.1 of the *Judges Act* were sometimes referred to as a "package" and may be relevant to a discussion of the first constitutional question. In my view however, these increases are entirely irrelevant in so far as the second constitutional question is concerned since all incumbent judges profited by these increases, including those appointed before February 17, 1975.

VI—Conclusion

I would allow the appeal, set aside the judgment of the Federal Court of Appeal and the declaration granted by the trial judge. I would allow the cross-appeal and, to the declaration granted by the trial judge, I would substitute the following declaration:

The words "before February 17, 1975" of s. 29.1(1) and the whole of s. 29.1(2) of the *Judges Act*, as enacted by s. 100 of S.C. 1974-75-76, c. 81, are inoperative in so far as the plaintiff is concerned.

I would answer the first constitutional question in the negative.

L'intimé nous demande non pas de réécrire la disposition législative attaquée, mais simplement de déclarer ces quelques mots inopérants dans la mesure où il est concerné, afin de rétablir une égalité complète au sein de la catégorie dont il fait partie. J'arrive à la conclusion qu'il est en droit de demander un redressement complet dans un cas comme celui dont nous sommes saisis et qu'il a droit à la totalité du jugement déclaratoire qu'il demande.

Avant d'arriver à ma conclusion finale, je devrais sans doute dire que, peu de temps avant la nomination de l'intimé, les salaires des juges ont été augmentés de 39 pour cent et les pensions destinées aux conjoints survivants et aux enfants, de 50 pour cent: *Loi modifiant la Loi sur les juges, et certaines autres lois connexes par suite de la réorganisation de la Cour suprême de Terre-Neuve et de l'Île-du-Prince-Édouard*, S.C. 1974-75-76, chap. 48. Ces augmentations ainsi que l'adoption subséquente de l'art. 29.1 de la *Loi sur les juges* ont parfois été mentionnées comme un «programme» et peuvent être utiles pour analyser la première question constitutionnelle. À mon avis toutefois, ces augmentations sont tout à fait hors de propos en ce qui concerne la deuxième question constitutionnelle puisque tous les juges qui étaient en fonction ont bénéficié de ces augmentations, y compris ceux nommés avant le 17 février 1975.

VI—Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'arrêt de la Cour d'appel fédérale et le jugement déclaratoire accordé par le juge de première instance. Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi incident et de remplacer le jugement déclaratoire accordé par le juge de première instance par le jugement déclaratoire suivant:

Les mots «avant le 17 février 1975» au par. 29.1(1) et la totalité du par. 29.1(2) de la *Loi sur les juges*, tels qu'édictés par l'art. 100 de S.C. 1974-75-76, chap. 81, sont inopérants dans la mesure où le demandeur est concerné.

Je suis d'avis de répondre à la première question constitutionnelle par la négative.

I would answer the second constitutional question as follows:

The words "before February 17, 1975" of s. 29.1(1) and the whole of s. 29.1(2) of the *Judges Act* as amended by s. 100 of the *Statute law (Superannuation) Amendment Act, 1975*, S.C. 1974-75-76, c. 81, are inconsistent with s. 1(*b*) of the *Canadian Bill of Rights* and, to the extent of the inconsistency, of no force or effect in so far as the respondent is concerned.

I would allow the respondent his costs throughout.

Appeal allowed, BEETZ *and* MCINTYRE JJ. *dissenting in part.*

Solicitor for the appellant: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitor for the respondent: David W. Scott, Ottawa.

Je suis d'avis de répondre à la seconde question constitutionnelle de la manière suivante:

Les mots «avant le 17 février 1975» au par. 29.1(1) et la totalité du par. 29.1(2) de la *Loi sur les juges* telle que modifiée par l'art. 100 de la *Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite)*, S.C. 1974-75-76, chap. 81, sont incompatibles avec l'al. 1*b*) de la *Déclaration canadienne des droits* et inopérants dans la mesure où l'intimé est concerné.

Je suis d'avis d'accorder à l'intimé ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli, les juges BEETZ *et* MCINTYRE *sont dissidents en partie.*

Procureur de l'appelante: Roger Tassé, Ottawa.

Procureur de l'intimé: David W. Scott, Ottawa.

Leslie George Kirkpatrick *Appellant*

v.

The Corporation of the District of Maple Ridge (otherwise the "District of Maple Ridge") *Respondent*

and

The Attorney General of British Columbia and the Attorney General of Quebec *Interveners*

INDEXED AS: KIRKPATRICK *v.* MAPLE RIDGE (CORPORATION OF THE DISTRICT)

File No.: 18375.

1985: November 21; 1986: September 16.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Municipal law — By-laws — Validity — Municipality enacting by-law regulating and fixing permit fees for removal of soil — By-law setting permit fees for each cubic meter of soil — Whether statute authorized enactment of by-law — Whether permit fees beyond the legislative competence of the province — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 930(d).

The municipality enacted a by-law which provided for regulations for soil removal and which, in particular, prohibited soil removal from designated areas unless a permit was obtained for the purpose. A permit fee of 20¢ per cubic meter of soil removed during the term of the permit was set. Appellant sought to have the by-law quashed on the ground that it was *ultra vires* the municipality and the province and because it contained an invalid delegation of power. In the Supreme Court, the by-law was quashed but the Court of Appeal reversed that decision. Both Courts below focussed on the constitutional issue. Two issues were raised in this Court (1) is the permit fee set out in the by-law authorized by s. 930(d) of the *Municipal Act* and (2) if so, does such a fee constitute a tax that is beyond the legislative competence of the province?

Held: The appeal should be allowed.

Leslie George Kirkpatrick *Appelant*

c.

La Corporation du District de Maple Ridge (également connue sous le nom de «District de Maple Ridge») *Intimée*

et

Le procureur général de la Colombie-Britannique et le procureur général du Québec *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: KIRKPATRICK *c.* MAPLE RIDGE (CORPORATION DU DISTRICT)

N° du greffe: 18375.

1985: 21 novembre; 1986: 16 septembre.

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 LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit municipal — Règlements — Validité — Adoption par la municipalité d'un règlement régissant l'enlèvement de terre et fixant les droits de permis — Règlement imposant des droits de permis pour chaque mètre cube de terre — La loi permet-elle l'adoption du règlement? — Les droits de permis excèdent-ils la compétence législative de la province? — Municipal Act, R.S.B.C. 1979, chap. 290, art. 930d).

La municipalité a adopté un règlement régissant l'enlèvement de terre et interdisant, en particulier, l'enlèvement de terre de certains secteurs désignés, à moins d'obtenir un permis à cette fin. Des droits de permis ont été fixés à 20 ¢ le mètre cube de terre enlevée pendant la durée du permis. L'appelant a demandé l'annulation du règlement pour le motif qu'il excédait les pouvoirs de la municipalité et de la province et parce qu'il contenait une délégation de pouvoirs qui n'était pas valide. En Cour suprême, le règlement a été annulé, mais la Cour d'appel a infirmé cette décision. Les deux tribunaux d'instance inférieure ont principalement examiné la question constitutionnelle. Deux questions ont été soulevées en cette Cour (1) les droits de permis énoncés dans le règlement sont-ils autorisés par l'al. 930d) de la *Municipal Act*? (2) dans l'affirmative, ces droits constituent-ils une taxe ou un impôt qui excède la compétence législative de la province?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Powers of municipalities have usually been confined strictly within the limits granted by the legislature, particularly with regard to taxation. Although a broader view has been taken in certain regulatory areas where a power to levy licence fees is given in broad terms, these situations are far removed from that of a municipal statute that doles out taxing powers and sets forth how those powers are to be exercised.

A power given as in s. 930(d) of the *Municipal Act*, "to fix a fee for the permit", ordinarily refers to a flat fee as opposed to an increasing amount based on the measure of activities conducted under the permit. This approach is fortified by the terms of other taxing and licensing provisions of the Act which spell out the detailed calculations for a number of other licences. Under these circumstances, it would be necessary for the legislature to expressly provide for variations to be made to the licence fee. In the case at bar, therefore, only a fixed amount could be imposed. In view of this conclusion, it is unnecessary to enter into the constitutional question.

Cases Cited

Applied: *City of Montreal v. Civic Parking Center Ltd.*, [1981] 2 S.C.R. 541; **referred to:** *R. v. Stronach* (1928), 3 D.L.R. 216; *Procureur général du Canada v. La Compagnie de Publication La Presse, Ltée*, [1967] S.C.R. 60; *Re LaFarge Concrete Ltd. and District of Coquitlam* (1972), 32 D.L.R. (3d) 459.

Statutes and Regulations Cited

Charter of the city of Montreal, 1960, S.Q. 1959-60, s. 803.
Constitution Act, 1867, ss. 92(2), (9), (13), (16), 92A(4).
Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 209, s. 930(d).

Authors Cited

Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1971.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1983), 49 B.C.L.R. 134, allowing respondent municipality's appeal from a judgment of Murray J. (1980), 119 D.L.R. (3d) 598, 14 M.P.L.R. 19, quashing a soil removal by-law. Appeal allowed.

B. A. Crane, Q.C., and *Henry S. Brown*, for the appellant.

Les pouvoirs des municipalités sont en général strictement confinés à l'intérieur des limites prescrites par l'assemblée législative, en particulier en matière de taxation. Bien qu'un point de vue plus large ait été adopté dans certains domaines de réglementation, lorsque le pouvoir de percevoir des droits de permis est accordé en termes généraux, ces situations sont très éloignées du cas d'une loi municipale qui accorde avec parcimonie des pouvoirs de taxation et qui établit la manière dont ces pouvoirs doivent être exercés.

Un pouvoir tel que celui accordé par l'al. 930d) de la *Municipal Act* de «fixer des droits pour le permis», vise ordinairement des droits fixes par opposition à un montant croissant en fonction de l'importance des activités entreprises en vertu du permis. Ce point de vue est renforcé par les termes des autres dispositions de la Loi relative à la taxation et à l'attribution de permis qui prévoient des calculs détaillés pour un certain nombre d'autres permis. Dans ces circonstances, il faudrait que l'assemblée législative ait prévu expressément des droits de permis variables. En l'espèce donc, seul un montant fixe pouvait être imposé. Vu cette conclusion, il n'est pas nécessaire d'examiner la question constitutionnelle.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Ville de Montréal c. Civic Parking Center Ltd.*, [1981] 2 R.C.S. 541; **arrêts mentionnés:** *R. v. Stronach* (1928), 3 D.L.R. 216; *Procureur général du Canada v. La Compagnie de Publication La Presse, Ltée*, [1967] R.C.S. 60; *Re LaFarge Concrete Ltd. and District of Coquitlam* (1972), 32 D.L.R. (3d) 459.

Lois et règlements cités

Charte de la Ville de Montréal, 1960, S.Q. 1959-60, art. 803.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 92(2), (9), (13), (16), 92A(4).
Municipal Act, R.S.B.C. 1979, chap. 209, art. 930d).

Doctrine citée

Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1971.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1983), 49 B.C.L.R. 134, qui a accueilli l'appel de la municipalité intimée à l'encontre d'un jugement du juge Murray (1980), 119 D.L.R. (3d) 598, 14 M.P.L.R. 19, qui avait annulé un règlement relatif à l'enlèvement de terre. Pourvoi accueilli.

B. A. Crane, c.r., et *Henry S. Brown*, pour l'appelant.

E. C. Chiasson, Q.C., and *B. Marshall*, for the respondent.

Joseph J. Arvay, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Réal A. Forest and *Alain Gingras*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—Two issues were raised in this case:

(1) Is the permit fee set out in Maple Ridge Soil Removal By-law No. 2681 authorized by s. 930(d) of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, c. 290?

(2) (2) If so, does such fee constitute a tax or levy that is beyond the legislative competence of the province?

Section 930(d) reads as follows:

930. The Council may by by-law regulate or prohibit . . .

(d) the removal of soil, sand, gravel rock or other substance of which land is composed from any land in the municipality, or in any area in the municipality, and require the holding of a permit for the purpose and fix a fee for the permit, and different regulations and prohibitions may be made for different areas;

Purporting to act under this provision, the District of Maple Ridge ("the municipality") enacted By-law 2681 which provides for comprehensive regulations for soil removal in the municipality and, in particular, prohibits soil removal from certain designated areas unless a permit is obtained for the purpose. A permit fee of 20¢ per cubic metre of soil removed during the term of the licence is set. This can amount to a significant sum, running in the tens of thousands of dollars annually.

The amount of the fee appears to have been tailored to defray the costs of the gravel pit operations within the boundaries of the municipality, including road reconstruction, maintenance, repair and related administrative costs. Evidence adduced on behalf of the municipality indicated that the

E. C. Chiasson, c.r., et *B. Marshall*, pour l'intimée.

Joseph J. Arvay, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Réal A. Forest et *Alain Gingras*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—Deux questions ont été soulevées dans le présent pourvoi:

(1) Les droits de permis énoncés dans le Maple Ridge Soil Removal By-law No. 2681 sont-ils autorisés par l'al. 930d) de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 290?

(2) Dans l'affirmative, ces droits constituent-ils une taxe ou un impôt qui excède la compétence législative de la province?

Voici le texte de l'al. 930d):

[TRADUCTION] **930.** Le conseil peut par règlement régir ou interdire . . .

d) l'enlèvement de terre, de sable, de gravier ou d'autres substances dont le terrain est composé dans tout endroit dans la municipalité ou dans tout secteur de la municipalité, et exiger un permis à cette fin et fixer des droits pour le permis, et différents règlements et interdictions peuvent être pris selon les secteurs;

Prétendant agir en vertu de cette disposition, le district de Maple Ridge («la municipalité») a adopté le règlement n° 2681 qui prévoit une réglementation d'ensemble en matière d'enlèvement de terre dans la municipalité et, en particulier, qui interdit l'enlèvement de terre dans certains secteurs désignés, à moins d'obtenir un permis à cette fin. Des droits de permis sont fixés à 20 ¢ le mètre cube de terre enlevée pendant la durée du permis, ce qui peut représenter une somme importante pouvant s'élever à des dizaines de milliers de dollars par an.

Le montant de ces droits semble avoir été conçu pour défrayer les coûts de l'exploitation des carrières de gravier dans les limites de la municipalité, y compris la reconstruction, l'entretien et la réparation des routes et les coûts administratifs connexes. Les éléments de preuve présentés pour le compte

roads referred to were truck hauling routes that directly service the gravel pits, not other roads in the municipality.

By petition dated August 14, 1980, the appellant sought to have the by-law quashed on the ground that it was *ultra vires* the municipality and the province and because it contained invalid delegations of power. Murray J., who heard the petition, ordered that the by-law be quashed, but his decision was reversed by the British Columbia Court of Appeal. While the question of delegation was discussed, the courts below principally focussed on the second issue mentioned above, i.e. whether the by-law in effect constituted indirect taxation which is beyond the power of the province, and hence a municipality, to impose by virtue of s. 92(2) of the *Constitution Act, 1867*, or whether it could be justified as a "genuine" licence under s. 92(2) or as a regulatory charge under the combined operation of s. 92(9), (13) and (16). Before getting into this issue, however, one must first examine whether s. 930(d) of the *Municipal Act* is in its terms capable of covering the licensing scheme established by the by-law.

Traditionally, there has been a strong tendency to confine powers of municipalities strictly within the limits granted by the legislature. This was particularly true of powers of taxation, which themselves are generally strictly construed. See Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2nd ed. 1971), at pp. 388-89, 690-92. This philosophy has been reflected in judicial decisions (see, for example, *R. v. Stronach* (1928), 3 D.L.R. 216 (Ont. S.C. App. Div.)) and in the manner in which municipal statutes were drafted. There is some basis for thinking that a broader view might be taken by the courts, at least in other regulatory areas, where a power to levy licence fees is given in broad terms and there is no indication in the statute favouring a restricted approach. Thus in *Procureur général du Canada v. La Compagnie de Publication La Presse, Ltée*, [1967] S.C.R. 60, a majority of this Court held that a power given by

de la municipalité indiquent que les routes visées étaient des trajets de camionnage qui desservaient directement les carrières de gravier et non d'autres routes dans la municipalité.

Dans une requête en date du 14 août 1980, l'appelant a demandé l'annulation du règlement pour le motif qu'il excédait les pouvoirs de la municipalité et de la province et parce qu'il contenait des délégations de pouvoir qui n'étaient pas valides. Le juge Murray, qui a entendu la requête, a ordonné l'annulation du règlement, mais sa décision a été infirmée par la Cour d'appel de la Colombie-Britannique. Bien que la question de la délégation ait fait l'objet de discussions, les tribunaux d'instance inférieure ont principalement examiné la seconde question mentionnée ci-dessus, celle de savoir si le règlement impose en réalité une taxe indirecte qui excède le pouvoir de taxation que possède la province, et donc une municipalité, en vertu du par. 92(2) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, ou s'il pouvait être justifié à titre de permis «véritable» aux termes du par. 92(2) ou à titre de frais réglementaires en vertu de l'application combinée des par. 92(9), (13) et (16). Toutefois, avant d'aborder cette question, il faut d'abord examiner si l'al. 930d) de la *Municipal Act* est, de par ses termes, capable d'englober le système de permis établi par le règlement en question.

Traditionnellement, il y a eu une forte tendance à confiner les pouvoirs des municipalités strictement à l'intérieur des limites prescrites par l'assemblée législative. Cela a été particulièrement vrai dans le cas des pouvoirs de taxation qui reçoivent généralement une interprétation stricte. Voir Rogers, *The Law of Canadian Municipal Corporations* (2nd ed. 1971), aux pp. 388 et 389, 690 à 692. Cette philosophie s'est manifestée dans la jurisprudence (voir, par exemple, *R. v. Stronach* (1928), 3 D.L.R. 216 (C.S. Ont., Div. d'appel)) et dans la manière dont les règlements municipaux ont été rédigés. Il y a lieu de penser que les tribunaux pourraient adopter un point de vue plus large, du moins dans d'autres domaines de réglementation, lorsqu'un pouvoir de percevoir des droits de permis est accordé en termes généraux et qu'il n'y a aucune indication dans la loi appuyant un point de vue restrictif. Ainsi dans l'arrêt *Procu-*

the *Radio Act* to the Governor in Council to prescribe a tariff of fees to be paid for licences for broadcasting stations authorized that body to impose a fee based on the gross revenue of the station and to impose differing rates based on the amount of such revenue.

That case, however, is far removed from the manner in which a court must examine a municipal statute that doles out taxing powers and sets forth with some precision how those powers are to be exercised. The contrast between the two situations can be seen from the decision of this Court in *City of Montreal v. Civic Parking Center Ltd.*, [1981] 2 S.C.R. 541. There the *Charter of the city of Montreal, 1960*, empowered the City to impose special taxes on, *inter alia*, the operation of private grounds as parking lots and to collect them by means of permits, such taxes to be in such amounts as City Council might determine. This Court concluded that this power did not authorize the City to calculate the tax by the square foot; only a fixed amount could be imposed. In coming to this conclusion, my colleague, Chouinard J., carefully reviewed various other provisions of the Act, which indicated that when the legislature wished to add modalities to the special tax or to make it variable, it said so expressly. Though it did not particularly figure in the case, I might note that the City in that case also had power to regulate private parking grounds as well as to tax them.

In my view, the *Civic Parking* case governs the present case. One begins with the notion that the power given by s. 930(d) to "fix a fee for the permit" (or licence, which is synonymous) ordinarily refers to a flat fee of some kind, as opposed to an increasing amount based on the measure of activities conducted under the licence. This is particularly so in light of the restrictive interpretation given detailed municipal statutes like the one in question here. That the permit contemplated by s.

reur général du Canada v. La Compagnie de Publication La Presse, Ltée, [1967] R.C.S. 60, cette Cour a statué à la majorité que le pouvoir accordé par la *Loi sur la radio* au gouverneur en conseil de prescrire le tarif des droits à payer pour les licences des stations de radiodiffusion autorisait ce dernier à imposer des droits fondés sur le revenu brut de la station et à imposer des taux qui varient en fonction du montant de ce revenu.

Toutefois, cet arrêt est très éloigné de la manière dont un tribunal doit examiner un règlement municipal qui accorde avec parcimonie des pouvoirs de taxation et qui établit avec une certaine précision la manière dont ces pouvoirs doivent être exercés. On peut voir le contraste entre les deux situations en examinant l'arrêt de cette Cour *Ville de Montréal c. Civic Parking Center Ltd.*, [1981] 2 R.C.S. 541. Dans cette affaire, la *Charte de la Ville de Montréal, 1960*, accordait à la Ville le pouvoir d'imposer des taxes spéciales, notamment sur l'exploitation de terrains privés comme parcs de stationnement, et de les percevoir sous forme de permis, ces taxes devant être d'un montant que le conseil municipal pourrait déterminer. Cette Cour a conclu que ce pouvoir n'autorisait pas la Ville à calculer la taxe au pied carré; seul un montant forfaitaire pouvait être imposé. En arrivant à cette conclusion, mon collègue le juge Chouinard a examiné attentivement diverses autres dispositions de la Loi qui indiquent que lorsque l'assemblée législative a voulu ajouter des modalités à la taxe spéciale ou la rendre variable, elle l'a dit expressément. Bien que cela ne ressorte pas particulièrement dans l'arrêt, je pourrais souligner que la Ville dans cette affaire avait également le pouvoir de réglementer les parcs de stationnement privés de même que de les taxer.

À mon avis, l'arrêt *Civic Parking* s'applique en l'espèce. On commence avec la notion selon laquelle le pouvoir accordé par l'al. 930d) de «fixer des droits pour le permis» (ou licence qui est synonyme) vise ordinairement des droits fixes de quelque nature par opposition à un montant croissant en fonction de l'importance des activités entreprises en vertu du permis. Il en est particulièrement ainsi compte tenu de l'interprétation restrictive donnée à des règlements municipaux

930(d) was originally applied in this fashion can be seen from a reading of *Re LaFarge Concrete Ltd. and District of Coquitlam* (1972), 32 D.L.R. (3d) 459, (B.C.C.A.)

The foregoing approach is strongly fortified by the terms of other taxing and licensing provisions in the Act. Thus utility companies who have pole lines, pipelines, machinery and structures in a municipality are "taxed annually at a rate of 1%" on gross rentals or on the amount received in the second preceding year (s. 407). Under s. 493(1) a municipal council may impose a business tax in an amount equal to a designated percentage, not exceeding 10%. Section 496(1) authorizes a council to impose on the possessor of a liquor licence who operates a dining room or lounge in the municipality "an amount not exceeding 20% of the amount of the annual licence fees". Frontage taxes are based in part on the actual frontage (s. 481(1)). Under s. 612(2), a council may vary the charge for sewerage or combined sewerage and drainage facilities in accordance with a number of outlets served and the quantity of water delivered. Development cost charges "may vary in respect of different defined or specified areas ... uses, capital costs ..., and sizes or number of units or lots ..." (s. 719(5)). Municipal councils are even empowered to vary the amount of the fees for dog licences according to sex, age, size or breed (s. 524). Flat fees have been set for many other licences (ss. 505(1), 520(1)). Even in s. 930(d) itself, the legislature adverted to the need for differential treatment in certain circumstances. It provided for different regulations and prohibitions for different areas. In the light of this, it is significant that it did not provide for differential fees on the basis of use.

détaillés comme celui dont il est question en l'espèce. Une lecture de l'arrêt *Re LaFarge Concrete Ltd. and District of Coquitlam* (1972), 32 D.L.R. (3d) 459 (C.A.C.-B.), permet de constater que le permis envisagé à l'al. 930d) a été appliqué de cette manière à l'origine.

Le point de vue qui précède est solidement renforcé par les termes des autres dispositions de la Loi relatives à la taxation et à l'attribution de permis. Ainsi les entreprises de service public qui ont des lignes aériennes sur poteaux, des pipelines, de la machinerie et des structures dans une municipalité sont [TRADUCTION] «taxés annuellement à un taux de 1 pour 100» sur les revenus de location bruts ou sur le montant reçu au cours de l'avant-dernière année (art. 407). En vertu du par. 493(1), un conseil municipal peut imposer une taxe d'affaires d'un montant équivalant à un pourcentage désigné, ne dépassant pas 10 pour 100. Le paragraphe 496(1) autorise le conseil à imposer au titulaire d'un permis de vente d'alcool qui exploite une salle à manger ou un bar-salon dans la municipalité [TRADUCTION] «un montant ne dépassant pas 20 pour 100 du montant des droits annuels de permis». Les taxes de façade sont fondées en partie sur la longueur réelle de la façade (par. 481(1)). Aux termes du par. 612(2), le conseil peut modifier les droits pour le système d'égouts ou les systèmes combinés d'égouts et d'écoulement des eaux en fonction du nombre d'installations desservies et de la quantité d'eau fournie. Les droits sur les coûts de mise en valeur [TRADUCTION] «peuvent varier selon les différents secteurs définis ou précisés ... les utilisations, les coûts en capital ..., ainsi que la taille ou le nombre d'unités ou de lots ...» (par. 719(5)). Les conseils municipaux ont même le pouvoir de modifier le montant des droits pour les permis de posséder un chien selon le sexe, l'âge, la taille ou la race (art. 524). Des droits fixes ont été établis pour beaucoup d'autres permis (par. 505(1), 520(1)). Même à l'al. 930d) lui-même, l'assemblée législative fait allusion à la nécessité d'avoir un traitement différent dans certaines circonstances. Cette disposition prévoit différents règlements et interdictions selon les secteurs. Dans ces circonstances, il est significatif que des droits différents n'aient pas été prévus en fonction de l'utilisation.

Under these circumstances, a passage from the judgment of Chouinard J. in the *Civic Parking* case, *supra*, at p. 553, is as relevant to s. 930(d) as it was to art. 803 of the *Charter of the city of Montreal, 1960*, in that case. It reads:

> I conclude from the foregoing that when the legislator wished to authorize the City to add modalities to a special tax provided for in art. 803 or to make it variable, he said so expressly, and this was not done in para. *w*. It follows that the City did not have, merely by virtue of this paragraph, a power to impose a tax on the operation of private land as public grounds for the parking of motor vehicles at the rate of $0.12 a square foot.

In short, here as in that case, only a fixed amount can be imposed.

Having arrived at this conclusion, it becomes unnecessary to enter into the constitutional question, and in particular to consider whether or not the *LaFarge* case, *supra*, upon which the Court of Appeal relied, was correctly decided.

I would allow the appeal with costs and restore the order quashing the by-law made by the judge who heard the application.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: McQuarrie Hunter, Westminster.

Solicitor for the respondent: Ladner Downs, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: The Ministry of the Attorney General, Victoria.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Réal A. Forest and Alain Gingras, Ste-Foy.

Dans ces circonstances, un passage des motifs du juge Chouinard dans l'arrêt *Civic Parking*, précité, à la p. 553, est aussi pertinent à l'égard de l'al. 930d) qu'il l'était à l'égard de l'art. 803 de la *Charte de la Ville de Montréal, 1960* dans cette affaire:

> J'en conclus que lorsqu'il a voulu autoriser la Ville à assortir une taxe spéciale prévue à l'art. 803 de modalités ou à la rendre variable, le législateur l'a exprimé de façon expresse, ce qu'il n'a pas fait au par. *w*). Il s'ensuit que la Ville n'avait pas, en vertu de ce seul paragraphe, le pouvoir d'imposer une taxe sur l'exploitation de terrains privés comme parcs publics pour le stationnement des véhicules automobiles à raison de $ 0.12 du pied carré.

Bref, en l'espèce comme dans cette affaire, seul un montant forfaitaire peut être imposé.

Étant arrivé à cette conclusion, il n'est plus nécessaire d'aborder la question constitutionnelle et, en particulier, d'examiner si l'arrêt *LaFarge*, précité, suivi par la Cour d'appel, est bien fondé.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens et de rétablir l'ordonnance annulant le règlement rendue par le juge qui a entendu la requête.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelant: McQuarrie Hunter, Westminster.

Procureur de l'intimée: Ladner Downs, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Le ministère du Procureur général, Victoria.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Réal A. Forest et Alain Gingras, Ste-Foy.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Jean Clermont *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* CLERMONT

File No.: 19434.

1986: March 18; 1986: September 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Evidence — Similar fact evidence — Probative value of evidence — Rape — Evidence of earlier rape presented to jury to establish accused intended to have sexual relations with victim despite absence of consent and to counter defence of honest belief in consent — Evidence inadmissible.

At his trial for rape, respondent admitted having had sexual relations with the complainant but argued that she had consented or he honestly believed she had. To establish that the accused intended to have sexual relations with the complainant in spite of her having refused consent and to counter a defence of honest belief in consent, the Crown led similar fact evidence of a rape committed by respondent five years before. Following a *voir dire*, the trial judge allowed this evidence to go to the jury. Respondent was in due course convicted and appealed this verdict. The Court of Appeal allowed the appeal and ordered a new trial. This appeal is to determine whether the similar fact evidence led by the Crown was admissible.

Held: The appeal should be dismissed.

The trial judge erred in allowing the evidence of the earlier rape to be presented. The absence of consent by a previous victim is not relevant to establishing absence of consent by the complainant, and evidence of an earlier rape whose only value as evidence is to establish that the accused is someone capable of disregarding the absence of consent by his victim is inadmissible. Such evidence would have been admissible if, for example, it had indicated a similarity to the fact that, in similar circumstances, the accused had alleged a belief in his victim's consent. In the case at bar, however, there is nothing to indicate that the accused alleged a mistake as to his victim's consent in the earlier incident.

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Jean Clermont *Intimé*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* CLERMONT

N° du greffe: 19434.

1986: 18 mars; 1986: 16 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Preuve — Preuve de faits similaires — Force probante — Viol — Preuve d'un viol antérieur soumise au jury pour démontrer l'intention de l'accusé d'avoir des relations sexuelles avec la victime malgré l'absence de consentement et pour réfuter la défense de croyance honnête au consentement — Preuve inadmissible.

À son procès pour viol, l'intimé a admis avoir eu des relations sexuelles avec la plaignante mais a soutenu qu'elle avait consenti ou qu'il croyait honnêtement qu'elle avait consenti. Afin de démontrer l'intention de l'accusé d'avoir des relations sexuelles avec la plaignante malgré l'absence de consentement de cette dernière et afin de contrer une défense de croyance honnête au consentement, le ministère public a présenté une preuve de faits similaires relativement à un viol commis par l'intimé cinq ans auparavant. Après un voir dire, le juge du procès a permis que cette preuve soit soumise au jury. L'intimé a par la suite été déclaré coupable et a interjeté appel de ce verdict. La Cour d'appel a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès. Le présent pourvoi vise à déterminer si la preuve de faits similaires présentée par le ministère public était recevable.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge du procès a commis une erreur en autorisant la présentation de la preuve relative au viol antérieur. L'absence de consentement d'une victime précédente n'est d'aucune pertinence pour démontrer l'absence de consentement de la plaignante et la preuve d'un viol antérieur dont la seule force probante est d'établir que l'accusé est une personne capable de passer outre au non-consentement de sa victime est inadmissible. Cette preuve aurait pu être admise si elle avait, à titre d'exemple, présenté comme similarité le fait que l'accusé, dans des circonstances analogues, avait prétendu croire au consentement de sa victime. Mais rien dans la preuve de l'espèce n'indique que, dans le cas de l'incident antérieur, l'accusé ait allégué l'erreur sur le consentement de la victime.

Cases Cited

Referred to: *Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190; *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal (1985), 46 C.R. (3d) 68, which allowed the accused's appeal from his conviction for rape and ordered a new trial. Appeal dismissed.

Rolande Matte, for the appellant.

Dominique Larose and *Linda Despots*, for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

LAMER J.—This appeal raises only one question, that of whether the similar fact evidence presented by the Crown at respondent's trial was admissible.

The Facts

On June 3, 1982, after trial by a judge and jury, respondent was convicted of raping L. Following his arrest for this incident, he made an extrajudicial statement to the police in which he admitted having had sexual relations with the complainant. He also admitted that she had resisted. However, he added that "in the fury of passion, I perhaps did not realize what was happening".

Clermont, who appeared on his own behalf, cross-examined the complainant at length, seeking to make her admit that she had consented to having sexual relations. He took advantage of this cross-examination to state himself that she had consented. Essentially, the accused made the following two arguments: "I think she consented, and if she did not, I can tell you her actions were such that I honestly believed she had consented". In response to the extrajudicial statement and the statements made in court, the Crown led similar fact evidence of a rape committed by respondent some five years earlier in allegedly similar circumstances. The present appeal raises the question of whether this evidence was admissible.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190; *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec (1985), 46 C.R. (3d) 68, qui a accueilli l'appel de l'accusé à l'encontre de sa déclaration de culpabilité pour viol et ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Rolande Matte, pour l'appelante.

Dominique Larose et *Linda Despots*, pour l'intimé.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE LAMER—Ce pourvoi ne soulève qu'une question, soit celle de l'admissibilité d'une preuve de faits similaires présentée par la Couronne au procès de l'intimé.

Les faits

Le 3 juin 1982, suite à un procès tenu devant juge et jury, l'intimé a été déclaré coupable du viol de L. Suite à son arrestation pour cet incident, il a fait une déclaration extrajudiciaire à la police dans laquelle il a reconnu avoir eu des relations sexuelles avec la plaignante. Il a aussi reconnu qu'elle lui avait résisté. Il ajoutait cependant que [TRADUCTION] «dans la force de la passion, je n'ai peut-être plus bien réalisé ce qui se passait».

Clermont, qui se défendait lui-même, a longuement contre-interrogé la plaignante, cherchant à lui faire admettre qu'elle avait consenti aux relations sexuelles. Lors de ce contre-interrogatoire il en a profité pour lui-même affirmer qu'elle avait consenti. Essentiellement, l'accusé avançait les deux thèses suivantes: «D'après moi elle a consenti et, sinon, je vous dis que son comportement a été tel que j'ai honnêtement cru qu'elle consentait». En réponse à la déclaration extrajudiciaire et à celles faites en cour, la Couronne a présenté une preuve de faits similaires relativement à un viol commis par l'intimé quelque cinq ans auparavant dans des circonstances prétendument analogues. C'est l'admissibilité de cette preuve qui fait l'objet du présent pourvoi.

Superior Court Judgment

Following a *voir dire*, Rothman J. of the Superior Court ruled that the earlier incident was sufficiently similar to be regarded as a similar fact. He allowed it to be presented to establish that the accused intended to have sexual relations with the complainant in spite of her having refused consent and to counter a defence of honest belief in consent. While realizing the prejudice to the accused that could result, he allowed the evidence because, as he said, "it is evidence that is highly relevant to an issue before the jury". In his charge to the jury Rothman J. said, regarding the use they should make of this evidence:

I wish to talk to you about the similar fact evidence or the so-called similar fact evidence given by [S.] concerning the events she described following her meeting the accused at a "Laundromat" in February of 1975. The first principle that I must give you here is that you are not to use the evidence of the [S.] incident to infer that the accused is a person whose character or disposition is such that he is likely to have committed the offence in the present case. That is not its purpose and you are not to conclude that because of the acts he did with Miss [S.] he must have committed the crime charged in the present case. The guilt or innocence of the accused in this case must be decided on the evidence supporting the charges against him in this case and not what he may have done in the past. He is not being tried today for the events that occured [*sic*] in 1975 as described by Miss [S.]. The sole purpose, the only purpose for which this similar fact evidence may be used relates to the intention of the accused and whether or not he knew that madam [L.], the complainant in this case, was not consenting. That is the sole purpose for which that evidence may be used and the questions that you will have to ask yourself will be the following: did the accused intend to have intercourse with madam [L.] without her consent? Was his association with madam [L.] an innocent association between two consenting adults or did the accused intend to have sexual intercourse with her without her consent? If madam [L.] was not consenting, as she says she was not in her evidence, did the accused know that she was not consenting? Now, you will recall that in his statement, the accused stated that although madam [L.] told him to stop and although she struggled, he did not realize what was happening in the fury of his passion. The Crown has tendered this similar fact evidence to establish a pattern of similarity

Jugement de la Cour supérieure

Suite à un voir dire, le juge Rothman de la Cour supérieure a jugé l'incident antérieur suffisamment analogue pour être qualifié de fait similaire. Il en a permis la production afin de prouver l'intention de l'accusé d'avoir des relations sexuelles avec la plaignante malgré l'absence de consentement de cette dernière et afin de contrer une défense de croyance honnête au consentement. Conscient du préjudice qui pouvait en résulter pour l'accusé, il en a quand même permis la production parce que, selon lui: [TRADUCTION] «Il s'agit d'un élément de preuve qui est très pertinent à l'égard d'une question présentée au jury.» Dans son adresse au jury, le juge Rothman s'est exprimé ainsi quant à l'utilisation à être faite de cette preuve:

[TRADUCTION] Je désire vous parler de la preuve de faits similaires ou ce qu'on prétend être la preuve de faits similaires produite par [S.] concernant les événements qu'elle a décrits après avoir rencontré l'accusé dans une «laverie automatique» en février 1975. Le premier principe dont je dois vous faire part c'est que vous ne devez pas utiliser la preuve de l'incident [S.] pour déduire que l'accusé est une personne dont les traits de caractère ou les prédispositions sont tels qu'elle est susceptible d'avoir commis l'infraction en l'espèce. Ce n'est pas son but et vous ne devez pas conclure que, à cause des actes que l'accusé a commis avec Mlle [S.], il doit avoir commis le crime dont il est accusé en l'espèce. La culpabilité ou l'innocence de l'accusé en l'espèce doit être déterminée d'après les éléments de preuve à l'appui des accusations portées contre lui dans la présente affaire et non à cause de ce qu'il a fait par le passé. Il ne subit pas son procès aujourd'hui pour les événements de 1975 décrits par Mlle [S.] Le seul but, l'unique but dans lequel cette preuve de faits similaires peut être utilisée est relativement à l'intention de l'accusé et à la question de savoir s'il savait que Mme [L.], la plaignante en l'espèce, n'était pas consentante. C'est le seul but dans lequel cet élément peut être utilisé et les questions que vous devrez vous poser sont les suivantes: l'accusé avait-il l'intention d'avoir des rapports sexuels avec Mme [L.] sans son consentement? Sa liaison avec Mme [L.] était-elle une liaison innocente entre deux adultes consentants ou l'accusé avait-il l'intention d'avoir des rapports sexuels avec elle sans son consentement? Si Mme [L.] n'était pas consentante, comme elle le prétend dans son témoignage, l'accusé savait-il qu'elle n'était pas consentante? Maintenant, vous vous souviendrez que l'accusé a dit dans sa déclaration que, bien que Mme [L.] lui ait dit d'arrêter et bien qu'elle se soit débattue,

and to rebut a defence of innocent association or a defence of mistake in the present case. In short, the only purpose of this evidence is to rebut a defence of honest belief in consent. You are therefore entitled to consider the evidence of Miss [S.] not for the purpose of inferring that the accused was the kind of person likely to commit this kind of crime, but for the purpose of determining the intention of the accused as regards madam [L.] and whether he honestly did not realize she was not consenting as he suggests in his statement. You are entitled to infer from the evidence, although you are not required to do so, that the similarities in the two cases are such that the acts in both cases were committed by the same person and that the intention was the same in the both cases. It is entirely for you to decide whether such an inference should be made.

. . .

It will be for you to consider whether these similarities are sufficiently similar sufficiently striking in their similarity so that the acts must have been committed by the same person with the same intention in each case. If you conclude that that is the case, then the evidence of Miss [S.] may assist you in deciding what was the intention of the accused in the present case and whether or not the accused knew or realized that madam [L.] was not consenting, if you believe that she was not consenting.

dans la force de sa passion, il ne s'est pas rendu compte de ce qui se passait. La poursuite a présenté cette preuve de faits similaires pour établir la similarité et pour réfuter le moyen de défense de la liaison innocente ou le moyen de défense de l'erreur en l'espèce. Bref, l'unique but de cet élément de preuve est de contrer une défense de croyance honnête au consentement. Par conséquent, vous avez le droit d'examiner le témoignage de Mlle [S.] non pour en déduire que l'accusé était le genre de personne susceptible de commettre ce genre de crime, mais dans le but de déterminer l'intention de l'accusé en ce qui concerne Mme [L.] et de déterminer si, honnêtement, il n'a pas réalisé qu'elle n'était pas consentante comme il l'affirme dans sa déclaration. Vous avez le droit de déduire de la preuve, bien qu'on ne vous demande pas de le faire, que les similarités dans les deux affaires sont telles que les actes ont été commis par la même personne et que l'intention était la même dans les deux affaires. Il vous appartient entièrement de décider si l'on devrait tirer une telle déduction.

. . .

Vous devrez voir si ces similarités sont suffisamment semblables, suffisamment frappantes dans leur ressemblance pour que les actes aient été commis par la même personne avec la même intention dans chaque affaire. Si vous concluez que c'est le cas, alors le témoignage de Mlle [S.] peut vous aider à décider quelle était l'intention de l'accusé en l'espèce et si l'accusé savait ou réalisait que Mme [L.] n'était pas consentante, si vous croyez qu'elle n'a pas consenti.

Quebec Court of Appeal

A majority of the Quebec Court of Appeal (Bisson J.A. and Chevalier J. (*ad hoc*)) reversed this decision and ordered that a new trial be held: (1985), 46 C.R. (3d) 68. Chevalier J. doubted the similarity of this evidence (at p. 85):

[TRANSLATION] Assuming, as my two brethren did, that essentially the Crown was only trying to establish in the case at bar that the victim did not consent, I consider that most of the similarities found by the trial judge to exist between the two events are not significant and have no connection with the fundamental question of deciding whether she consented.

Bisson J.A. said (at p. 83):

[TRANSLATION] As we know, the key issue was the absence of consent.

La Cour d'appel du Québec

La majorité de la Cour d'appel (les juges Bisson et Chevalier (*ad hoc*)) a renversé cette décision et ordonné la tenue d'un nouveau procès: (1985), 46 C.R. (3d) 68. Pour sa part, le juge Chevalier doutait de la similarité de cette preuve (à la p. 85):

Retenant, comme l'ont fait mes deux collègues, qu'en définitive, la Couronne voulait uniquement prouver, en l'occurrence, l'absence de consentement de la victime, je considère que la plupart des similitudes constatées par le juge du procès entre les deux événements ne présentent aucun intérêt et n'ont aucune relation avec la question essentielle, celle de déterminer si elle a ou non consenti.

Le juge Bisson quant à lui s'exprimait ainsi (à la p. 83) :

On sait que l'objet du litige était l'absence de consentement.

I do not see how the absence of consent by a victim raped four years and eleven months earlier can aid in establishing the absence of consent by another victim, almost five years later.

He also considered that the five years which had elapsed between these two incidents deprived the similar fact evidence of any probative value. This evidence, which was likely to cause irreparable damage to the accused, should not in the opinion of Bisson J.A. have been allowed.

Finally, Turgeon J.A., dissenting, concluded that the evidence was relevant to establish the *mens rea* of the accused and would have dismissed the appeal.

The Law

I would dismiss this appeal. In light of the admissions made by the accused in the case at bar, the only elements left to be proved by the Crown were that the complainant did not consent and the accused's intent to disregard that lack of consent or his recklessness as to whether she was consenting or not. The fact that another complainant had not consented is of no relevance as to whether L. consented or not. In this, I agree with Bisson J.A. of the Court of Appeal. There remains the *mens rea* of the accused to ignore the absence of consent, that is his intent to have sexual relations despite L's failure to consent, or his recklessness as to whether she consented or not. Though very relevant, evidence of an earlier rape is not admissible when its only probative value is to establish that the accused is someone capable of disregarding the absence of consent by his victim, and that therefore he should not be believed when he says that she did consent or at least that he honestly and reasonably believed she had (*Morris v. The Queen*, [1983] 2 S.C.R. 190). This would in fact be its sole probative value in the present case.

It would have been otherwise, having regard to the particular circumstances, if for example the earlier rape had been similar in that the accused had alleged a belief in consent in similar circumstances. That evidence would then be led to counter the credibility of the accused in his defence of an honest mistake as to consent, and as such would

Je ne peux voir comment une absence de consentement de la part d'une victime violée quatre ans et 11 mois auparavant peut aider à établir l'absence de consentement d'une autre victime, près de cinq ans plus tard.

De plus, selon lui, la période de cinq ans écoulée entre les deux incidents enlevait à la preuve de faits similaires toute force probante. De nature à causer un tort irréparable à l'accusé, cette preuve n'aurait, selon le juge Bisson, pas dû être permise.

Enfin le juge Turgeon, dissident, était d'avis que la preuve était pertinente pour prouver l'intention coupable de l'accusé, et il aurait rejeté l'appel.

Le droit

Je suis d'avis de rejeter ce pourvoi. Eu égard aux admissions de l'accusé en l'espèce, il ne restait à la Couronne qu'à prouver l'absence de consentement de la plaignante et la volonté ou l'insouciance de l'accusé d'y passer outre. L'absence de consentement d'une autre plaignante n'est d'aucune pertinence en regard du non-consentement de L. En cela je suis d'accord avec le juge Bisson de la Cour d'appel. Reste la *mens rea* de l'accusé d'y passer outre, c'est-à-dire son intention d'avoir des relations sexuelles nonobstant l'absence de consentement de L. ou en étant insouciant (*reckless*) qu'elle ait consenti ou non. Quoique très pertinente, est inadmissible la preuve d'un viol antérieur dont la seule valeur probante est d'établir que l'accusé est une personne capable de passer outre au non-consentement de sa victime et que, par conséquent, on ne doit pas le croire lorsqu'il affirme qu'il y a eu consentement ou qu'à tout le moins il croyait honnêtement et raisonnablement à ce consentement (*Morris c. La Reine*, [1983] 2 R.C.S. 190). Or, en l'espèce, c'est effectivement sa seule valeur probante.

Il en eût été autrement, eu égard à l'espèce, si, à titre d'exemple, le viol antérieur avait présenté comme similarité le fait que l'accusé, dans des circonstances analogues, avait prétendu croire au consentement. Cette preuve serait alors offerte dans le but de contrer la crédibilité de l'accusé dans sa défense d'erreur honnête quant au consen-

be admissible, subject of course to the court balancing its probative value as evidence against the obvious damage caused the accused by evidence of a prior record for rape (see *Sweitzer v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 949). In the present case however, there is nothing to indicate that the accused alleged a mistake as to his victim's consent in the earlier incident. The evidence of the earlier incident is therefore clearly not admissible.

For this reason, I would dismiss the appeal and uphold the order by the Court of Appeal for a new trial.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Rolande Matte, Montréal.

Solicitors for the respondent: Archambault & Associés, Montréal.

tement et, comme telle, serait admissible, sous réserve bien entendu d'en jauger la valeur probante par rapport au préjudice évident causé à l'accusé par la preuve d'un antécédent judiciaire pour viol (voir *Sweitzer c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 949). Mais rien en preuve en l'espèce n'indique que dans le cas de l'incident antérieur l'accusé ait allégué l'erreur sur le consentement de sa victime. La preuve de l'incident antérieur est donc clairement inadmissible.

Pour ce motif, je rejetterais l'appel et maintiendrais l'ordonnance de la Cour d'appel pour un nouveau procès.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Rolande Matte, Montréal.

Procureurs de l'intimé: Archambault & Associés, Montréal.

Keith Paul Wile *Appellant*

v.

Retta Cook *Respondent*

INDEXED AS: WILE *v.* COOK

File No.: 18964.

1986: June 25; 1986: September 16.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Real property — Agreement of purchase and sale — Premises damaged by fire — Purchaser either to cancel the agreement or to complete the sale and take insurance proceeds — Questions raised as to amount of insurance and as to whether insurance would be paid — Statutory declaration registered by purchaser, prior to closing date, requiring restoration or insurance sufficient for restoration — Vendor treating agreement as void — Tender made after closing date on clarification of insurance issue — Whether or not specific performance should be granted.

Contracts — Purchase and sale — Premises damaged by fire — Purchaser either to cancel the agreement or to complete the sale and take insurance proceeds — Questions raised as to amount of insurance and as to whether insurance would be paid — Statutory declaration registered by purchaser, prior to closing date, requiring restoration or insurance sufficient for restoration — Vendor treating agreement as void — Tender made after closing date on clarification of insurance issue — Whether or not specific performance should be granted.

Appellant agreed to buy a parcel of land with a building from respondent. The agreement of purchase and sale, in the standard form of the Nova Scotia Real Estate Association, contained a provision that the building remained at the risk of the vendor until closing and that the vendor held all insurance policies and their proceeds in trust for the parties in the case of damage. In the event of damage, the purchaser could either have the insurance proceeds and complete the purchase, or

Keith Paul Wile *Appelant*

c.

Retta Cook *Intimée*

RÉPERTORIÉ: WILE *c.* COOK

N° du greffe: 18964.

1986: 25 juin; 1986: 16 septembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DE LA NOUVELLE-ÉCOSSE

Biens immobiliers — Promesse de vente — Lieux endommagés par un incendie — Choix de l'acheteur de résilier la promesse de vente ou de parfaire la vente et recevoir l'indemnité d'assurance — Questions soulevées quant au montant de l'assurance et à la question de savoir s'il serait versé — Déclaration solennelle enregistrée par l'acheteur, avant la date de signature de la vente, requérant la remise en état des lieux ou une indemnité d'assurance suffisante pour les remettre en état — Promesse considérée comme nulle par le vendeur — Offre d'achat faite après la date fixée pour la signature et après avoir obtenu des éclaircissements sur la question de l'assurance — Y a-t-il lieu d'ordonner l'exécution pure et simple de la promesse?

Contrats — Vente — Lieux endommagés par un incendie — Choix de l'acheteur de résilier la promesse de vente ou de parfaire la vente et recevoir l'indemnité d'assurance — Questions soulevées quant au montant de l'assurance et à la question de savoir s'il serait versé — Déclaration solennelle enregistrée par l'acheteur, avant la date de signature de la vente, requérant la remise en état des lieux ou une indemnité d'assurance suffisante pour les remettre en état — Promesse considérée comme nulle par le vendeur — Offre d'achat faite après la date fixée pour la signature et après avoir obtenu des éclaircissements sur la question de l'assurance — Y a-t-il lieu d'ordonner l'exécution pure et simple de la promesse?

L'appelant a promis d'acheter à l'intimée un terrain sur lequel était érigé un bâtiment. La promesse de vente, rédigée selon la formule normalisée de la Nova Scotia Real Estate Association, stipulait que les risques de dommages au bâtiment demeureraient assumés par le vendeur jusqu'à la signature de la vente et que le vendeur détiendrait toutes les polices d'assurance et les indemnités d'assurance en fiducie pour les parties, en cas de dommages auxdits lieux. En cas de dommages,

cancel the agreement and have the money paid out returned. The agreement provided that time was of the essence.

The building was destroyed by fire prior to closing and the closing date was postponed to allow appellant's solicitors time to enquire about the insurance coverage. The vendor, however, denied a request for a further extension to allow for settlement of a dispute between the insurer and the vendor as to whether the insurance proceeds would be paid. Before the new closing date, the purchaser registered a statutory declaration stating that he elected under the agreement of purchase and sale to complete the purchase if the premises were restored or if there were enough insurance to restore them and so informed the vendor. Neither party tendered on the extended closing date. Subsequently, the vendor's solicitor informed the purchaser's solicitor that he considered the agreement of purchase and sale null and void. The purchaser's solicitor later learned that the insurer was prepared to cover the loss and endeavoured to tender the balance of the purchase price. This action was brought when the tender was refused. Specific performance was ordered at trial but set aside on appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

When damage ensues to the property subject to the agreement, the purchaser is entitled to be granted time both to sort out what he is to do and to obtain the details of the insurance coverage from the vendor. This right is assured by the duty of trustee imposed on the vendor by the clause. The clause, however, does not accord the purchaser the right to wait and see if the insurer will pay. If the purchaser is concerned about this, he can elect to cancel the agreement.

The right claimed by the declaration went far beyond what the purchaser was entitled to require under the agreement. The purchaser was not making an election under clause 5 but rather was dictating different terms. This action amounted to a refusal to complete the agreement as written and constituted a repudiation of the agreement which the vendor was entitled to accept.

The "time of essence" clause and the question of whether, absent repudiation, a reasonable time might have been required had neither party been ready to tender on closing day became irrelevant in the circumstances.

l'acheteur pourrait soit toucher l'indemnité d'assurance et parfaire la vente, soit résilier la promesse et se voir remettre toute somme déjà versée. La promesse stipulait que le respect des délais impartis était une condition essentielle.

Un incendie a détruit le bâtiment avant la date de signature de la vente, qui fut alors prorogée pour permettre aux avocats de l'appelant de s'enquérir du montant de l'assurance. Toutefois, le vendeur a refusé d'accorder une autre prorogation de délai pour attendre le règlement d'un différend entre lui-même et l'assureur quant à la question de savoir si l'indemnité d'assurance serait versée. Avant la nouvelle date fixée pour la signature de la vente, l'acheteur a enregistré une déclaration solennelle dans laquelle il déclarait qu'il choisissait, conformément à la promesse de vente, de parfaire l'achat à la condition que les lieux soient remis en état ou qu'une indemnité d'assurance suffisante pour le faire soit versée, et il en a informé le vendeur. Aucune des parties n'a offert de signer la vente à la nouvelle date fixée pour le faire. Par la suite, l'avocat du vendeur a informé l'avocat de l'acheteur qu'il considérait la promesse de vente comme nulle et non avenue. Plus tard, l'avocat de l'acheteur a appris que l'assureur était disposé à verser une indemnité pour la perte subie et il a offert en paiement le solde du prix de vente. Cette offre a été refusée, d'où l'action intentée en l'espèce. L'exécution pure et simple de la promesse a été ordonnée en première instance, mais annulée en appel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Lorsque le bien visé par une promesse de vente subit un dommage, l'acheteur a le droit de bénéficier d'un délai à la fois pour décider ce qu'il va faire et pour obtenir du vendeur les détails de l'assurance. Ce droit découle de l'obligation de fiduciaire imposée au vendeur par la clause. Toutefois, la clause ne donne pas à l'acheteur le droit d'attendre afin de voir si l'assureur paiera. Si l'acheteur s'inquiète à ce sujet, il peut choisir de résilier la promesse.

Le droit revendiqué dans la déclaration va bien au-delà de ce que l'acheteur est autorisé à exiger en vertu de la promesse. L'acheteur ne faisait pas alors le choix prévu par la clause 5, mais prescrivait plutôt de nouvelles conditions. Cela équivalait à un refus d'exécuter la promesse telle que rédigée et en constituait une résiliation que le vendeur était en droit d'accepter.

La clause du «respect des délais comme condition essentielle» et la question de savoir si, en l'absence de résiliation, un délai raisonnable aurait pu être requis si aucune des parties n'avait été prête à offrir de signer la vente au jour dit, sont devenues sans importance dans ces circonstances.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1984), 63 N.S.R. 14, 141 A.P.R. 14, allowing an appeal and setting aside an order for specific performance granted by Nathanson J. (1983), 56 N.S.R. (2d) 711, 117 A.P.R. 711. Appeal dismissed.

B. A. Crane, Q.C., and *Paul Miller*, for the appellant.

D. A. Miller, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—This appeal relates to a claim by a purchaser for specific performance of an agreement for the sale of land, or in lieu thereof damages. The trial judge Nathanson J. of the Supreme Court of Nova Scotia granted specific performance, but his judgment was reversed by the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division which, by majority, declared the agreement rescinded and dismissed the action. It also dismissed a counterclaim by the vendor for the deposit, a matter that is not in issue here. Leave to appeal to this Court was granted on October 22, 1984.

The appellant as purchaser and the respondent as vendor entered into an agreement of purchase and sale dated January 23, 1981 with respect to a piece of land in Hants County, Nova Scotia for a price of $43,662. The agreement set February 27, 1981 as the closing date. It was in the standard form of Nova Scotia Real Estate Association and contained the following provisions:

> 5. All buildings and equipment upon the real property shall be and remain at the risk of the Vendor until closing. Pending completion of the sale, the Vendor will hold all insurance policies and the proceeds thereof in trust for the parties as their interests may appear and in event of damage to the said premises, the Purchaser may either have the proceeds of the insurance and complete the purchase, or may cancel the Agreement and have all moneys theretofore paid returned without interest.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1984), 63 N.S.R. 14, 141 A.P.R. 14, qui a accueilli l'appel et annulé l'ordonnance d'exécution pure et simple accordée par le juge Nathanson (1983), 56 N.S.R. (2d) 711, 117 A.P.R. 711. Pourvoi rejeté.

B. A. Crane, c.r., et *Paul Miller*, pour l'appelant.

D. A. Miller, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LE JUGE LA FOREST—Le présent pourvoi porte sur l'action d'un acheteur en vue d'obtenir l'exécution pure et simple d'une promesse de vente d'un terrain ou, à défaut, des dommages-intérêts. Le juge de première instance Nathanson de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse a ordonné l'exécution pure et simple, mais son jugement a été infirmé par la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse qui, à la majorité, a déclaré la promesse rescindée et a rejeté l'action. Elle a également rejeté la demande reconventionnelle du vendeur portant sur le dépôt, une question qui n'est pas en litige dans la présente affaire. L'autorisation de se pourvoir devant cette Cour a été accordée le 22 octobre 1984.

L'appelant à titre d'acheteur et l'intimée à titre de vendeur ont conclu une promesse de vente, datée du 23 janvier 1981, relativement à un terrain sis dans le comté de Hants, en Nouvelle-Écosse, pour un prix de 43 662 $. La promesse fixait au 27 février 1981 la date de signature de la vente. Elle était rédigée selon la formule normalisée de la Nova Scotia Real Estate Association et contenait les stipulations suivantes:

[TRADUCTION]

> 5. Les risques de dommages aux bâtiments et à tout le matériel qui se trouvent sur le bien-fonds sont et demeureront assumés par le vendeur jusqu'à la signature de la vente. En attendant que la vente soit complétée, le vendeur détiendra toutes les polices d'assurance et les indemnités d'assurance en fiducie pour les parties selon leurs intérêts respectifs et en cas de dommages auxdits lieux, l'acheteur pourra soit toucher l'indemnité de l'assurance et parfaire la vente, soit résilier la promesse et se voir remettre toute somme d'argent déjà versée, sans intérêt.

9. Time shall in all respects be of the essence in the Agreement.

On February 26, the day before the closing date, the building on the property was destroyed by fire. The parties thereupon agreed to extend the time for closing by two weeks, setting March 13, 1981 as the closing date. Between the date of the fire and the new closing date, the purchaser's solicitor made enquiries about insurance coverage and neither party disputes the Court of Appeal's finding that he learned that there was at least enough to cover the total encumbrances against the property, i.e. $35,000, even though he did not know the exact terms of the policy. Indeed, at the trial, the purchaser testified that his solicitor had told him there was $50,000 coverage on the property. He also learned, however, that there was some question whether the insurer would deny liability on the ground that the fire was deliberately set, a ground the vendor consistently stated had no basis.

The purchaser's solicitor then asked that the closing date be delayed to allow time for the dispute between the vendor and the insurer to be settled. This request was denied by the vendor, who also refused to supply any information as to whether the property was covered by insurance and the particulars of any such coverage. We saw, however, that the purchaser had through his own enquiries obtained much of this information. I agree with the Court of Appeal's finding that what really concerned the purchaser was not the exact amount of the insurance coverage but whether any of it would be paid because there was evidence suggesting arson.

This finding is borne out by the next step taken by the purchaser. On March 10, 1981, three days before the new closing date, he registered a statutory declaration which, after reciting the basic facts regarding the agreement and its aftermath, set forth the purchaser's position as follows in clause 5:

9. Le respect des délais impartis est, à tous égards, une condition essentielle du contrat.

Le 26 février, la veille de la date de la signature de la vente, le bâtiment situé sur le terrain a été détruit par un incendie. Les parties ont alors convenu de proroger de deux semaines, savoir jusqu'au 13 mars 1981, la date de signature de la vente. Entre la date de l'incendie et la nouvelle date fixée pour la signature de la vente, l'avocat de l'acheteur s'est informé du montant de l'assurance et aucune partie ne conteste la conclusion de la Cour d'appel qu'il a appris qu'il était au moins suffisant pour couvrir les charges totales qui grevaient le bien, c.-à-d. 33 000 $, même s'il n'a pu prendre connaissance des conditions exactes de la police. D'ailleurs, en première instance, l'acheteur a déposé que son avocat lui avait dit que le bien était assuré pour la somme de 50 000 $. Toutefois, il a également appris qu'il était question que l'assureur décline toute responsabilité pour le motif que l'incendie avait été allumé volontairement, motif que le vendeur a toujours prétendu être dénué de tout fondement.

L'avocat de l'acheteur a alors demandé que la date de signature de la vente soit reportée pour permettre le règlement du litige entre le vendeur et l'assureur. Le vendeur a refusé d'accéder à cette demande et a également refusé de fournir quelque renseignement que ce soit sur la question de savoir si le bien était assuré, ainsi que sur les modalités de toute assurance de ce genre. Toutefois, nous avons constaté que l'acheteur avait, par ses propres démarches, obtenu la plupart de ces renseignements. Je suis d'accord avec la Cour d'appel pour conclure que ce qui préoccupait réellement l'acheteur, ce n'était pas tellement le montant exact de l'assurance, mais bien s'il serait versé, vu qu'il y avait des indices laissant croire à un incendie criminel.

Cette conclusion est confirmée par la mesure prise subséquemment par l'acheteur. Le 10 mars 1981, trois jours avant la nouvelle date de signature de la vente, il a enregistré une déclaration solennelle dans laquelle, après avoir énoncé les principaux faits concernant la promesse et ses suites, il expose ainsi sa position, à la clause 5:

5. THAT pursuant to clause five (5) of the aforementioned Agreement of Purchase and Sale I elect to complete the purchase once:

a) the premises are restored to the same condition as when I signed the Agreement of Purchase and Sale, or

b) it is determined that an amount of insurance sufficient to restore the premises to the same condition as when I signed the Agreement of Purchase and Sale will be paid, and in the event of either (a) or (b) above,

c) the premises are either restored or it is determined that sufficient insurance proceeds will be paid within a reasonable period of time.

Clause 6 of the declaration went on to say that the declaration was made for the purpose of giving notice of the purchaser's interest in the property to others.

On the day the declaration was registered, the purchaser's solicitor spoke to the vendor's solicitor and informed him of what he had done, and he later confirmed this by a letter dated March 13, 1981 (the day set as the new closing date) with which a copy of the declaration was enclosed. A passage in this letter reveals the purchaser's position that the election set forth in clause 5 of the declaration represented his understanding of clause 5 of the agreement. The passage reads:

As you will see from clause 5 of the above mentioned Declaration, my client elects to complete the purchase once the conditions contained in clause 5 are met.

Neither party tendered on March 13. The vendor's solicitor asserted that, in view of the statutory declaration, he knew the purchaser would not tender so he did not prepare a deed but made arrangements with another solicitor in his office to do so if this became necessary.

On April 3, 1981, the vendor's solicitor wrote the purchaser's solicitor. After acknowledging the latter's letter of March 13 regarding the statutory declaration, he informed him that since the proposed transaction did not close on the extended closing date, the vendor considered the agreement

[TRADUCTION]

5. QUE, conformément à la clause cinq (5) de la promesse de vente susmentionnée, je choisis de parfaire l'achat:

a) lorsque les lieux auront été remis dans l'état où ils étaient au moment où j'ai signé la promesse de vente, ou

b) lorsqu'il sera établi qu'un montant d'assurance suffisant pour remettre les lieux dans l'état où ils étaient au moment où j'ai signé la promesse de vente sera versé et, advenant la réalisation, soit de la condition a), soit de la condition b), ci-dessus,

c) lorsque les lieux seront remis en état ou lorsqu'il sera établi que sera versé, dans un délai raisonnable, une indemnité d'assurance suffisante.

La clause 6 de la déclaration ajoute que celle-ci a été faite afin d'aviser les tiers de l'intérêt de l'acheteur dans le bien.

Le jour où la déclaration a été enregistrée, l'avocat de l'acheteur s'est entretenu avec l'avocat du vendeur et l'a informé de ce qu'il avait fait, ce qu'il a confirmé par lettre en date du 13 mars 1981 (la nouvelle date fixée pour la signature de la vente), à laquelle était jointe une copie de la déclaration. Un passage de cette lettre révèle le point de vue de l'acheteur selon lequel le choix énoncé à la clause 5 de la déclaration représente son interprétation de la clause 5 de la promesse. Voici ce passage:

[TRADUCTION] Comme le montre la clause 5 de la déclaration susmentionnée, mon client choisit de parfaire la vente une fois remplies les conditions de la clause 5.

Aucune des parties n'a offert de signer la vente le 13 mars. L'avocat du vendeur a affirmé que, compte tenu de la déclaration solennelle, il savait que l'acheteur n'offrirait pas de signer la vente, aussi n'a-t-il pas rédigé d'acte de vente; il a cependant pris certains arrangements avec un autre avocat de son cabinet, pour qu'il en rédige un si cela devenait nécessaire.

Le 3 avril 1981, l'avocat du vendeur a écrit à l'avocat de l'acheteur. Après avoir accusé réception de la lettre du 13 mars que ce dernier lui avait fait parvenir au sujet de la déclaration solennelle, il l'a informé que, puisque la transaction projetée n'avait pas été conclue au nouveau jour fixé, le

of purchase and sale null and void. According to the vendor's solicitor, he had, on his return from holidays in late March, communicated this message by telephone to the purchaser's solicitor.

On May 13, 1981, the vendor completed a proof of loss claim with the insurer in the amount of $50,000. On July 10, 1981, the purchaser's solicitor learned that the insurer was prepared to cover the loss in the amount of $40,000. On the same day he endeavoured to tender the balance of the purchase price, but the tender was refused so this action was brought.

In this Court, counsel for the appellant purchaser made a three pronged argument, one based on the meaning of clause 5 of the agreement, another on the "time of the essence" clause, and a third on the question of whether the Court of Appeal wrongly reversed findings of fact by the trial judge.

In my view, the case can be disposed of largely on the basis of the interpretation to be given to clause 5 of the agreement. To understand the meaning of that clause, it is useful to refer to the situation that would prevail at common law in the absence of this provision. As McKeigan C.J.N.S. notes in giving the majority judgment of the Court of Appeal, the common law is harsh on a purchaser of real property that is damaged by fire or otherwise between the date of the agreement of sale and the date of closing. Unless otherwise provided by the agreement, the purchaser must go through with the purchase and pay the full purchase price. And he is not at common law entitled to the proceeds of any insurance on the property in the absence of express or implied arrangements for the purpose.

Clause 5 significantly alleviates the harshness of the common law. Under that provision, the buildings and equipment remain at the risk of the vendor until closing, "and in the event of damages to the said premises, the Purchaser may either have the proceeds of the insurance and complete the purchase, or may cancel the Agreement and

vendeur considérait la promesse de vente comme nulle et non avenue. D'après l'avocat du vendeur, c'est à son retour de vacances fin mars qu'il a communiqué ce message par téléphone à l'avocat de l'acheteur.

Le 13 mai 1981, le vendeur a remplit une réclamation de sinistre auprès de l'assureur, pour une somme de 50 000 $. Le 10 juillet 1981, l'avocat de l'acheteur a appris que l'assureur était prêt à verser la somme de 40 000 $ à titre d'indemnité pour la perte subie. Le même jour, il a offert en paiement le solde du prix de vente, mais l'offre a été refusée, d'où l'action intentée en l'espèce.

En cette Cour, l'avocat de l'acheteur appelant a soumis un argument à trois volets dont l'un était fondé sur le sens de la clause 5 de la promesse, le deuxième, sur la clause du [TRADUCTION] «respect des délais comme condition essentielle» et le troisième, sur la question de savoir si la Cour d'appel a eu tort d'infirmer les constatations de fait du juge de première instance.

À mon avis, le litige peut être résolu dans une large mesure en fonction de l'interprétation qu'il faut donner à la clause 5 de la promesse. Pour saisir le sens de cette clause, il est utile de parler de la situation qui existerait en *common law* en l'absence de cette stipulation. Comme le juge en chef McKeigan de la Nouvelle-Écosse le souligne en rendant l'arrêt majoritaire de la Cour d'appel, la *common law* est sans pitié pour l'acheteur d'un immeuble endommagé par le feu ou par quelque autre élément entre la date de la promesse de vente et celle fixée pour la signature de la vente. À moins de stipulation contraire dans la promesse, l'acheteur doit parfaire la vente et payer le prix d'achat en entier. Et la *common law* ne l'autorise pas à toucher l'indemnité de l'assurance qui a été souscrite sur l'immeuble en l'absence d'arrangements exprès ou tacites à cette fin.

La clause 5 atténue sensiblement la sévérité de la *common law*. En vertu de cette stipulation, le vendeur assume les risques de dommages aux bâtiments et au matériel jusqu'à la signature de la vente, [TRADUCTION] «et en cas de dommages auxdits lieux, l'acheteur pourra soit toucher l'indemnité de l'assurance et parfaire la vente, soit

have all moneys theretofore paid returned without interest". But the clause does not set forth any specific amount of insurance. Indeed, the vendor is under no duty to take out any insurance. All the clause provides for is that if the purchaser elects to go through with the purchase he is entitled to whatever insurance proceeds may be owing. It does not give the purchaser any guarantee that the insurance is necessarily collectible. Prudence may dictate that a purchaser himself obtain coverage during the period before closing, but I would not wish to be taken as making any comment regarding a solicitor's duty to so advise him in circumstances like the present.

résilier la promesse et se voir remettre toute somme d'argent déjà versée, sans intérêt». Mais la clause n'indique aucun montant précis d'assurance. En fait, le vendeur n'a aucune obligation de souscrire une assurance. Tout ce que la clause stipule, c'est que si l'acheteur choisit de parfaire la vente, il aura droit à toute indemnité d'assurance alors due. Elle ne donne à l'acheteur aucune garantie que l'assurance est nécessairement payable. La prudence peut dicter à l'acheteur de souscrire lui-même une assurance pour la période antérieure à la signature de la vente, mais je ne prétends pas faire ici de commentaires sur le devoir de son avocat de le conseiller ainsi dans des circonstances comme les présentes.

I have no doubt that when damage ensues to the property subject to the agreement, such as occurred in this case, the purchaser is entitled to be granted time to sort out what he is to do, and he is also entitled to obtain the details of the insurance coverage from the vendor. McKeigan C.J.N.S. notes how the latter right can, if necessary, be enforced by application to a court in chambers in Nova Scotia. But as I mentioned before, the purchaser was not really concerned with finding out the details of the coverage. He had obtained considerable information about this through his solicitor's investigation. What was really dissuading him from going through with the transaction was the fear that the insurer would not pay. As I mentioned before, clause 5 of the agreement does not guarantee him this. On the occurrence of a fire, he is entitled to be given a reasonable time to assess his position, and to be informed of the facts concerning coverage. The duty of trustee imposed on the vendor by the clause assures him of this. But as already stated, the clause does not accord him the right to wait and see if the insurer will pay. If the purchaser is concerned about this, he can elect to cancel the agreement.

Je n'ai aucun doute que lorsque le bien visé par une promesse subit un dommage comme celui qui s'est produit en l'espèce, l'acheteur a le droit de bénéficier d'un délai pour décider ce qu'il va faire et il est aussi en droit d'obtenir de son vendeur les détails de l'assurance. Le juge en chef McKeigan de la Nouvelle-Écosse souligne comment ce dernier droit peut, si nécessaire, être exercé par voie de requête au juge en chambre d'un tribunal en Nouvelle-Écosse. Mais, comme je l'ai déjà dit, l'acheteur n'était pas vraiment intéressé à connaître les détails de l'assurance. Il avait obtenu de nombreux renseignements à ce sujet grâce aux recherches de son avocat. Ce qui l'a vraiment dissuadé de parfaire la transaction, c'est la crainte que l'assureur ne paye pas. Comme je l'ai déjà dit, la clause 5 de la promesse ne lui accorde aucune garantie en ce sens. En cas d'incendie, il a droit à un délai raisonnable pour évaluer sa position et être informé des faits relatifs à l'assurance. L'obligation de fiduciaire imposée au vendeur par la clause lui garantit cela. Mais, je le répète, la clause ne lui donne pas le droit d'attendre afin de voir si l'assureur paiera. Si l'acheteur s'inquiète à ce sujet, il peut choisir de résilier la promesse.

On the assumed basis that clause 5 entitled him to wait until he knew what the insurer would do, the purchaser filed the statutory declaration already mentioned and forwarded a copy to the vendor setting forth the nature of his right to elect as he understood it. But the right claimed by the

Présumant que la clause 5 lui donnait le droit d'attendre de connaître ce que l'assureur ferait, l'acheteur a produit la déclaration solennelle déjà mentionnée, et en a remis une copie au vendeur, dans laquelle il exposait la nature de son droit de choisir tel qu'il l'interprétait. Mais le droit revendi-

declaration went far beyond what he was entitled to require under the agreement. Indeed he went beyond requiring that the insurance be collectible, but elected to complete the purchase once the premises were restored to the condition they were in when he signed the agreement, or it was determined that insurance proceeds sufficient for this purpose would be paid within a reasonable time. In a word, he was not making the election provided for under clause 5 of the agreement, but was in effect dictating different terms. This, as McKeigan C.J.N.S. points out, amounted to a refusal to complete the agreement as written; it constituted a repudiation of the agreement. The vendor was then entitled to accept this repudiation, which he did, originally by a telephone call in late March of 1981 and then formally by letter dated April 3, 1981. The "time of essence" clause, as can be seen, is irrelevant in the circumstances, as in consequence is the question whether, absent repudiation, a reasonable time might have been required if neither party was ready to tender on closing day.

qué dans la déclaration va bien au-delà de ce qu'il est autorisé à exiger en vertu de la promesse. En fait, il ne se contente pas d'exiger que l'assurance soit payable, il choisit de ne conclure la vente qu'une fois que les lieux auront été remis dans l'état où ils étaient au moment où il a signé la promesse ou lorsqu'il sera établi qu'une indemnité d'assurance suffisante pour cette fin sera versée dans un délai raisonnable. En un mot, il ne faisait pas alors le choix prévu par la clause 5 de la promesse, mais il prescrivait en réalité de nouvelles conditions. Comme l'a fait remarquer le juge en chef McKeigan de la Nouvelle-Écosse, cela équivaut à un refus d'exécuter la promesse telle que rédigée; c'est une résiliation de la promesse. Le vendeur était alors en droit d'accepter cette résiliation, ce qu'il a fait, d'abord par téléphone fin mars 1981 puis, formellement, par lettre en date du 3 avril 1981. La clause du [TRADUCTION] «respect des délais comme condition essentielle», comme on peut le constater, est sans importance en l'espèce, tout comme, en conséquence, la question de savoir si, en l'absence de résiliation, un délai raisonnable aurait pu être requis si aucune des parties n'avait été prête à offrir de signer la vente au jour dit.

Nor do I think the different view of certain facts taken by the trial judge and the Court of Appeal affect the matter. The most important argument made in this context was that the statutory declaration did not constitute a repudiation of the agreement. This is not so much a finding of fact as a conclusion based on facts, and as I have indicated, I agree with the conclusion reached by the Court of Appeal.

Je ne pense pas non plus que les interprétations différentes de certains faits données par le juge de première instance et par la Cour d'appel changent quelque chose. L'argument le plus important à cet égard est que la déclaration solennelle ne constitue pas une résiliation de la promesse. Il s'agit moins d'une constatation de fait que d'une conclusion fondée sur des faits constatés et, comme je l'ai déjà indiqué, je suis d'accord avec la conclusion de la Cour d'appel.

For these reasons, I would dismiss the appeal with costs.

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Appeal dismissed with costs.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Solicitors for the appellant: Miller and Associates, Lower Sackville.

Procureurs de l'appelant: Miller and Associates, Lower Sackville.

Solicitors for the respondent: Stewart, MacKeen & Covert, Halifax.

Procureurs de l'intimée: Stewart, MacKeen & Covert, Halifax.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 2, 1986 Vol. 2

2e cahier, 1986 Vol. 2

Cited as [1986] 2 S.C.R. 145-325

Renvoi [1986] 2 R.C.S. 145-325

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel appearing on an application for leave to appeal or upon a motion before the Supreme Court of Canada are advised that oral submissions may be made by video-conference from any location where such service has been made available.

At present the video-conference service connects the Court to studios in Vancouver, Edmonton, Calgary, Winnipeg, London, Toronto, Montreal, Quebec City and Halifax.

Where counsel intends to appear by video-conference, notice must be given to the registrar, in writing, 15 clear days before the hearing.

The notice should also contain the following information:

(a) whether both the applicant and the respondent wish to participate or if one party will be in Ottawa;

(b) the names and addresses, including the telephone number, of the lawyers for both sides who will be actually presenting argument during the application for leave to appeal or the motion;

(c) the language in which the application for leave to appeal or the motion is to be argued and whether simultaneous translation will be required at the location from which the application for leave to appeal or motion is to be argued.

Counsel preparing an application for leave to appeal or a motion can obtain further information by calling: Mr. E. J. Bisson, Assistant Registrar (Process), at (613) 995-4330.

AVIS AUX AVOCATS

Veuillez prendre note que les requêtes en autorisation de pourvoi ou autres requêtes peuvent être plaidées devant la Cour suprême du Canada en utilisant le système de vidéo-conférence dans les endroits où il est installé.

Actuellement, la vidéo-conférence relie la Cour aux studios de Vancouver, Edmonton, Calgary, Winnipeg, London, Toronto, Montréal, Québec et Halifax.

Lorsqu'un avocat veut utiliser le système de vidéo-conférence, il doit en aviser le registraire par écrit 15 jours francs avant l'audition.

L'avis doit indiquer ce qui suit:

a) si le requérant et l'intimé vont utiliser le système ou si l'une des parties sera présente à Ottawa;

b) les noms, adresses et numéros de téléphone des avocats des deux parties qui plaideront effectivement la requête;

c) la langue qui sera utilisée pour les plaidoiries et le besoin de traduction simultanée à l'endroit où la requête sera plaidée.

Les avocats qui préparent une requête en autorisation de pourvoi ou une autre requête peuvent obtenir de plus amples renseignements en appelant M. E. J. Bisson, registraire adjoint (greffe) au (613) 995-4330.

Guy Goulard

REGISTRAR REGISTRAIRE

December 1986 Décembre 1986

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, LL.B.
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, 1986.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, LL.B.
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, 1986.

CONTENTS

Central Trust Co. *v.* Rafuse **147**

Barristers and solicitors — Professional liability — Solicitors retained to perform legal services in connection with mortgage transaction — Mortgage later found void for non-compliance with Companies Act — Whether solicitors liable in tort or whether liability restricted to contract — If liable in tort, whether or not action statute-barred — Whether or not solicitors negligent — Whether or not contributory negligence — Whether action not maintainable because based on illegal transaction — Companies Act, R.S.N.S. 1967, c. 42, s. 96(5) — The Statute of Limitations, R.S.N.S. 1967, c. 168, s. 2(1)(c).

Torts — Negligence — Duty of care — Solicitors — Solicitors retained to perform legal services in connection with mortgage transaction — Mortgage later found void for non-compliance with Companies Act — Whether or not solicitors concurrently liable in tort — Whether or not contributory negligence — Whether action not maintainable because based on illegal transaction — Whether or not action statute-barred.

Contracts — Solicitors — Solicitors retained to perform legal services in connection with mortgage transaction — Mortgage later found void for non-compliance with Companies Act — Whether solicitors' liability founded solely in contract and hence statute-barred — Whether solicitors concurrently liable in tort, and if so, whether or not action statute-barred.

Joe *v.* Canada **145**

Courts — Jurisdiction — Federal Court of Canada — Appellants seeking a declaration that a piece of land where they lived in Newfoundland is an Indian reserve — Portion of appellants'

Continued on next page

SOMMAIRE

Central Trust Co. *c.* Rafuse **147**

Avocats et procureurs — Responsabilité de personnes exerçant une profession libérale — Services juridiques d'avocats retenus relativement à une opération hypothécaire — Hypothèque ultérieurement déclarée nulle parce que non conforme à la Companies Act — La responsabilité des avocats est-elle délictuelle ou purement contractuelle? — S'il y a responsabilité délictuelle, l'action est-elle prescrite? — Les avocats ont-ils été négligents? — Y a-t-il eu faute de la part de la victime? — L'action est-elle irrecevable en raison de l'illégalité de l'opération? — Companies Act, R.S.N.S. 1967, chap. 42, art. 96(5) — The Statute of Limitations, R.S.N.S. 1967, chap. 168, art. 2(1)c).

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Avocats — Services juridiques d'avocats retenus relativement à une opération hypothécaire — Hypothèque ultérieurement déclarée nulle parce que non conforme à la Companies Act — Les avocats ont-ils une responsabilité concurrente en matière délictuelle? — Y a-t-il eu faute de la part de la victime? — L'action est-elle irrecevable en raison de l'illégalité de l'opération? — L'action est-elle prescrite?

Contrats — Avocats — Services juridiques d'avocats retenus relativement à une opération hypothécaire — Hypothèque ultérieurement déclarée nulle parce que non conforme à la Companies Act — La responsabilité des avocats est-elle purement contractuelle de sorte que l'action est prescrite? — Les avocats ont-ils une responsabilité concurrente en matière délictuelle et, dans l'affirmative, l'action est-elle prescrite?

Joe *c.* Canada **145**

Tribunaux — Compétence — Cour fédérale du Canada — Appelants cherchant à obtenir une déclaration portant qu'un

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

statement of claim struck out — Federal Court having no jurisdiction to make such a declaration.

R. v. Jones **284**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Schools — Right of parents to educate their children — Children not sent to public schools on religious grounds — Home instruction — Whether provincial compulsory education legislation contravenes appellant's freedom of religion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a) — School Act, R.S.A. 1980, c. S-3, ss. 142(1), 143(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty of the person — Schools — Right of parents to educate their children — Proof of efficient instruction at home limited to a certificate from the school authorities — Whether appellant has been deprived of the liberty to educate its children contrary to the principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — School Act, R.S.A. 1980, c. S-3, ss. 142(1), 143(1), 180(1).

R. v. Mannion **272**

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Cross-examination of an accused at a new trial on his testimony given at a previous trial on the same charge — Whether such cross-examination infringed s. 13 of the Charter — If so, whether cross-examination justifiable under s. 1 of the Charter.

Scowby v. Glendinning **226**

Constitutional law — Division of powers — Judicial powers — Allegations of arbitrary arrest and detention contrary to provincial human rights code — Provincial offence overlapping tort of false imprisonment — Adjudication of tort reserved to s. 96 courts — Whether or not provincial human rights commission had jurisdiction to investigate and adjudicate on complaints — Constitution Act, 1867, s. 96 — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, ss. 7, 29(1), (2), 31(7), (8), 35.

Constitutional law — Division of powers — Criminal law and procedure in criminal matters — Allegations of arbitrary arrest contrary to provincial human rights code — Whether arbitrary arrest a matter of criminal law or criminal procedure.

Police — Regulation — R.C.M.P. — Allegations of arbitrary arrest contrary to provincial human rights code — Administration and direction of R.C.M.P. exclusive federal power — Whether individual officers subject to provincial law.

SOMMAIRE (Fin)

terrain où ils demeurent à Terre-Neuve est une réserve indienne — Radiation d'une partie de la déclaration des appelants — Aucune compétence de la Cour fédérale relativement à cette déclaration.

R. c. Jones **284**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Écoles — Droit des parents d'éduquer leurs enfants — Enfants ne fréquentant pas les écoles publiques pour des motifs religieux — Enseignement à la maison — La législation provinciale sur l'éducation obligatoire contrevient-elle à la liberté de religion de l'appelant? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a) — School Act, R.S.A. 1980, chap. S-3, art. 142(1), 143(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de la personne — Écoles — Droit des parents d'éduquer leurs enfants — Preuve d'un enseignement approprié à la maison limitée au certificat délivré par les autorités scolaires — L'appelant a-t-il été privé de sa liberté d'éduquer ses enfants contrairement aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — School Act, R.S.A. 1980, chap. S-3, art. 142(1), 143(1), 180(1).

R. c. Mannion **272**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Contre-interrogatoire d'un accusé, lors d'un nouveau procès, relativement au témoignage qu'il a donné au cours d'un procès antérieur portant sur la même accusation — Un tel contre-interrogatoire porte-t-il atteinte à l'art. 13 de la Charte? — Dans l'affirmative, peut-il être justifié en vertu de l'article premier de la Charte?

Scowby c. Glendinning **226**

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Pouvoirs judiciaires — Allégations d'arrestation et de détention arbitraires contrairement à un code provincial des droits de la personne — Infraction à une loi provinciale recoupant le délit d'emprisonnement illégal — Les décisions portant sur les délits sont réservées aux tribunaux visés par l'art. 96 — Une commission provinciale des droits de la personne a-t-elle compétence pour enquêter et rendre une décision sur des plaintes? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1, art. 7, 29(1), (2), 31(7), (8), 35.

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel et procédure en matière criminelle — Allégations d'arrestation arbitraire contrairement à un code provincial des droits de la personne — L'arrestation arbitraire relève-t-elle du droit criminel ou de la procédure en matière criminelle?

Police — Règlement — G.R.C. — Allégations d'arrestation arbitraire contrairement à un code provincial des droits de la personne — L'administration et la gestion de la G.R.C. relèvent de la compétence exclusive du fédéral — Les agents à titre individuel sont-ils assujettis à la loi provinciale?

Chief Michael Joe, Marilyn John, Rembert Jeddore, George Drew, Yvonne Benoit, John N. Jeddore, which individuals are suing personally and on behalf of the Conne River Band and all members of the Micmac Indian Community of Conne River, Newfoundland *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen in right of Canada *Respondent*

and

The Attorney General for the Province of Alberta, the Attorney General for the Province of Newfoundland and the Attorney General for the Province of Ontario *Interveners*

INDEXED AS: JOE *v.* CANADA

File No.: 17831.

1986: October 2.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, Chouinard, Lamer, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Courts — Jurisdiction — Federal Court of Canada — Appellants seeking a declaration that a piece of land where they lived in Newfoundland is an Indian reserve — Portion of appellants' statement of claim struck out — Federal Court having no jurisdiction to make such a declaration.

Appellants sued the respondent in the Federal Court, Trial Division for a declaration, first, that they had the status of Indians and, second, that a piece of land where they lived in the Province of Newfoundland, and which could otherwise have been the property of that Province, was an Indian reserve. Respondent made a motion to strike out the part of the statement of claim which relates to the second declaration. The Trial Division dismissed the motion but the judgment was set aside by the Court of Appeal. The Court found that the main and primary effect of the declaration sought by the appellants would be to affect the property rights of the Province of Newfoundland and that such a declaration against the Province could not be made in an action directed against the respondent. Moreover, as s. 17 of the *Federal Court Act* did not give the Court jurisdiction to grant relief against a province, the relief sought

Chef Michael Joe, Marilyn John, Rembert Jeddore, George Drew, Yvonne Benoit, John N. Jeddore, agissant en leur qualité personnelle et au nom de la bande Conne River et de tous les membres de la collectivité indienne micmaque de Conne River (Terre-Neuve) *Appelants*

c.

Sa Majesté La Reine du chef du Canada *Intimée*

et

Le procureur général de la province de l'Alberta, le procureur général de la province de Terre-Neuve et le procureur général de la province de l'Ontario *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: JOE *c.* CANADA

N° du greffe: 17831.

1986: 2 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, Chouinard, Lamer, Wilson et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Tribunaux — Compétence — Cour fédérale du Canada — Appelants cherchant à obtenir une déclaration portant qu'un terrain où ils demeurent à Terre-Neuve est une réserve indienne — Radiation d'une partie de la déclaration des appelants — Aucune compétence de la Cour fédérale relativement à cette déclaration.

Les appelants ont poursuivi l'intimée devant la Division de première instance de la Cour fédérale pour obtenir une déclaration selon laquelle, premièrement, ils ont le statut d'Indiens et, deuxièmement, un terrain où ils demeurent dans la province de Terre-Neuve et qui autrement aurait été la propriété de cette province, est une réserve indienne. Par requête, l'intimée a demandé la radiation de la partie de la déclaration relative à la deuxième déclaration. La Division de première instance a rejeté la requête, mais la Cour d'appel a infirmé le jugement. La cour a conclu que la déclaration demandée par les appelants aurait pour effet principal de toucher aux droits de propriété de la province de Terre-Neuve et que cette déclaration contre la province ne pouvait être rendue dans une action intentée contre l'intimée. En outre, étant donné que l'art. 17 de la *Loi sur la Cour fédérale* ne donne pas à la cour la compétence nécessaire

by the appellants could not be granted by the Court even if the Province of Newfoundland were a defendant in this action.

Held: The appeal should be dismissed.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal (1983), 49 N.R. 198, [1984] 1 C.N.L.R. 96, setting aside a judgment of the Trial Division dismissing respondent's motion to strike out portions of appellants' statement of claim. Appeal dismissed.

James O'Reilly, *Darlene A. Pearson* and *Richard Leblanc*, for the appellants.

Yvan G. Whitehall, Q.C., and *Judith A. McCann*, for the respondent.

William Henkel, Q.C., for the intervener the Attorney General for Alberta.

Colin K. Irving and *R. Torralbo*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

J. T. S. McCabe, Q.C., for the intervener the Attorney General for Ontario.

The judgment of the Court was delivered orally by

THE CHIEF JUSTICE — We find no error in the reasons of the Federal Court of Appeal and by reason of this it is unnecessary to answer the constitutional questions. The appeal is dismissed with costs.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Byers, Casgrain, Montréal.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: The Department of the Attorney General, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: Colin K. Irving, Ottawa.

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

pour accorder un redressement contre une province, le redressement demandé par les appelants ne pouvait être accordé par la cour même si la province de Terre-Neuve était une défenderesse dans cette action.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale (1983), 49 N.R. 198, [1984] 1 C.N.L.R. 96, qui a infirmé un jugement de la Division de première instance qui avait rejeté une requête de l'intimée en radiation de parties de la déclaration des appelants. Pourvoi rejeté.

James O'Reilly, *Darlene A. Pearson* et *Richard Leblanc*, pour les appelants.

Yvan G. Whitehall, c.r., et *Judith A. McCann*, pour l'intimée.

William Henkel, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Colin K. Irving et *R. Torralbo*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

J. T. S. McCabe, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Version française du jugement de la Cour prononcé oralement par

LE JUGE EN CHEF — Comme nous constatons que la Cour d'appel fédérale n'a commis aucune erreur dans ses motifs, il n'est pas nécessaire de répondre aux questions constitutionnelles. Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelants: Byers, Casgrain, Montréal.

Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: Le ministère du Procureur général, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Colin K. Irving, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Le ministère du Procureur général, Toronto.

Central Trust Company *Appellant*

v.

Jack P. Rafuse and Franklyn W. Cordon *Respondents*

INDEXED AS: CENTRAL TRUST CO. *v.* RAFUSE

File No.: 17753.

1984: December 6; 1986: October 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR NOVA SCOTIA

Barristers and solicitors — Professional liability — Solicitors retained to perform legal services in connection with mortgage transaction — Mortgage later found void for non-compliance with Companies Act — Whether solicitors liable in tort or whether liability restricted to contract — If liable in tort, whether or not action statute-barred — Whether or not solicitors negligent — Whether or not contributory negligence — Whether action not maintainable because based on illegal transaction — Companies Act, R.S.N.S. 1967, c. 42, s. 96(5) — The Statute of Limitations, R.S.N.S. 1967, c. 168, s. 2(1)(c).

Torts — Negligence — Duty of care — Solicitors — Solicitors retained to perform legal services in connection with mortgage transaction — Mortgage later found void for non-compliance with Companies Act — Whether or not solicitors concurrently liable in tort — Whether or not contributory negligence — Whether action not maintainable because based on illegal transaction — Whether or not action statute-barred.

Contracts — Solicitors — Solicitors retained to perform legal services in connection with mortgage transaction — Mortgage later found void for non-compliance with Companies Act — Whether solicitors' liability founded solely in contract and hence statute-barred — Whether solicitors concurrently liable in tort, and if so, whether or not action statute-barred.

Respondent solicitors acted for the purchasers of all the shares in the capital stock of Stonehouse Motel and Restaurant Limited. A condition of the agreement of purchase and sale was that the purchasers would obtain a mortgage on the Stonehouse property. The proceeds of the mortgage were to be paid to the vendor in part

Central Trust Company *Appelante*

c.

Jack P. Rafuse et Franklyn W. Cordon *Intimés*

RÉPERTORIÉ: CENTRAL TRUST CO. *c.* RAFUSE

N° du greffe: 17753.

1984: 6 décembre; 1986: 9 octobre.

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 NOUVELLE-ÉCOSSE

Avocats et procureurs — Responsabilité de personnes exerçant une profession libérale — Services juridiques d'avocats retenus relativement à une opération hypothécaire — Hypothèque ultérieurement déclarée nulle parce que non conforme à la Companies Act — La responsabilité des avocats est-elle délictuelle ou purement contractuelle? — S'il y a responsabilité délictuelle, l'action est-elle prescrite? — Les avocats ont-ils été négligents? — Y a-t-il eu faute de la part de la victime? — L'action est-elle irrecevable en raison de l'illégalité de l'opération? — Companies Act, R.S.N.S. 1967, chap. 42, art. 96(5) — The Statute of Limitations, R.S.N.S. 1967, chap. 168, art. 2(1)c).

Responsabilité délictuelle — Négligence — Obligation de diligence — Avocats — Services juridiques d'avocats retenus relativement à une opération hypothécaire — Hypothèque ultérieurement déclarée nulle parce que non conforme à la Companies Act — Les avocats ont-ils une responsabilité concurrente en matière délictuelle? — Y a-t-il eu faute de la part de la victime? — L'action est-elle irrecevable en raison de l'illégalité de l'opération? — L'action est-elle prescrite?

Contrats — Avocats — Services juridiques d'avocats retenus relativement à une opération hypothécaire — Hypothèque ultérieurement déclarée nulle parce que non conforme à la Companies Act — La responsabilité des avocats est-elle purement contractuelle de sorte que l'action est prescrite? — Les avocats ont-ils une responsabilité concurrente en matière délictuelle et, dans l'affirmative, l'action est-elle prescrite?

Les avocats intimés ont agi pour les acheteurs de tout le capital-actions de Stonehouse Motel and Restaurant Limited. L'une des conditions de la promesse de vente portait que les acheteurs devaient obtenir un prêt hypothécaire garanti par la propriété de Stonehouse. Ces fonds étaient destinés à être versés au vendeur en paie-

satisfaction of the purchase price of the shares. One of the purchasers on behalf of Stonehouse applied to appellant's predecessor for a mortgage loan and, in accordance with the practice in such cases, the trust company retained the respondents to perform the necessary legal services in connection with the mortgage transaction. The sale closed, a first mortgage on the Stonehouse property and a chattel mortgage on its equipment were executed and the vendor was paid with funds that included the proceeds of the mortgage loan. The mortgage on the property was certified by respondent Cordon as forming a first charge on the property.

Appellant instituted an action for foreclosure against Stonehouse following default on the mortgage. Both Stonehouse and a creditor with registered judgments intervened to oppose the action, raising the defence that the mortgage was void in that it was contrary to s. 96(5) of the Nova Scotia *Companies Act*. This provision made it unlawful for a company to give, whether directly or indirectly, and whether by means of a loan, guarantee, the provision of security or otherwise, any financial assistance for the purpose of or in connection with a purchase made or to be made by any person of any shares in the company.

Appellant instituted its action against the respondents for breach of contract and for negligence after this Court declared the mortgage to be void as a whole as being contrary to s. 96(5). The action was dismissed at trial where respondents were found not to have been negligent. The Court of Appeal found respondents negligent but dismissed the appeal on the ground that the action was statute-barred.

The principal issue in this appeal was whether a solicitor is liable to a client in tort as well as in contract for the damage caused by a failure to meet the requisite standard of care in the performance of services for which the solicitor has been retained. A consequential issue, if the requisite standard of care was not met, was whether the appellant's action against the respondents is statute-barred.

Held: The appeal should be allowed.

If the respondent solicitors were negligent in the performance of the professional services for which they were retained, they would be liable in tort as well as contract to the appellant, subject to the other defences which they raised.

ment partiel du prix d'achat des actions. L'un des acheteurs, agissant pour le compte de Stonehouse, a demandé un prêt hypothécaire à la société à laquelle l'appelante a succédé et, conformément à la pratique suivie dans de tels cas, la société de fiducie a retenu les services d'avocats, en l'occurrence les intimés, pour s'occuper des aspects juridiques de l'hypothèque. À la signature de la vente, une hypothèque de premier rang sur le bien-fonds de Stonehouse et un nantissement sur le matériel ont été consentis, et le vendeur a reçu en paiement des fonds qui comprenaient la somme empruntée sur hypothèque. L'intimé Cordon a certifié que l'hypothèque constituait une charge de premier rang grevant le bien-fonds.

Par suite du manquement aux obligations de l'hypothèque, l'appelante a introduit contre Stonehouse une action en forclusion. Stonehouse et une créancière ayant des jugements inscrits sont toutes deux intervenues pour s'opposer à l'action. Elles ont invoqué comme moyen de défense la nullité de l'hypothèque du fait qu'elle enfreignait le par. 96(5) de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse. Suivant cette disposition, une société ne pouvait légalement donner, directement ou indirectement, soit au moyen d'un prêt, d'une garantie, d'un nantissement, soit autrement, une aide financière aux fins ou à l'égard d'un achat d'actions de la compagnie effectué ou à effectuer par qui que ce soit.

L'appelante a intenté contre les intimés son action pour rupture de contrat et pour négligence après que la Cour eut déclaré l'hypothèque nulle en totalité pour le motif qu'elle contrevenait au par. 96(5). En première instance, l'action a été rejetée et on a conclu que les intimés n'avaient pas fait preuve de négligence. La Cour d'appel a jugé que les intimés avaient fait preuve de négligence, mais a rejeté l'appel pour le motif que l'action était prescrite.

La question principale soulevée par ce pourvoi est de savoir si un avocat a envers le client qui a retenu ses services une responsabilité délictuelle aussi bien que contractuelle pour le préjudice résultant de l'omission de satisfaire à la norme requise de diligence dans la prestation desdits services. La question qui en découle, est de savoir si, dans l'hypothèse d'une telle omission, l'action intentée par l'appelante contre les intimés est frappée de prescription.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Si les avocats intimés ont fait preuve de négligence dans la prestation de leurs services professionnels, leur responsabilité envers l'appelante est non seulement contractuelle mais aussi délictuelle, sous réserve des autres moyens de défense qu'ils ont soulevés.

The common law duty of care that is created by a relationship of sufficient proximity, in accordance with the general principle affirmed by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, is not confined to relationships that arise apart from contract. Although the relationships in *Donoghue v. Stevenson*, *Hedley Burne* and *Anns* were all of a non-contractual nature and there was necessarily reference in the judgments to a duty of care that exists apart from or independently of contract, nothing in the statements of general principle in those cases suggests that the principle was to be confined to relationships that arise apart from contract. The question is whether there is a relationship of sufficient proximity, not how it arose. The principle of tortious liability is a general one for reasons of public policy. A common law duty of care may be created by a relationship of proximity that would not have arisen but for a contract.

What is undertaken by the contract will indicate the nature of the relationship that gives rise to the common law duty of care, but the nature and scope of the duty of care that is asserted as the foundation of the tortious liability must not depend on specific obligations or duties created by the express terms of the contract. It is in that sense that the common law duty of care must be independent of the contract. The distinction, in so far as the terms of the contract are concerned, is, broadly speaking, between what is to be done and how it is to be done. A claim cannot be said to be in tort if it depends for the nature and scope of the asserted duty of care on the manner in which an obligation or duty has been expressly and specifically defined by a contract. Where the common law duty of care is co-extensive with that which arises as an implied term of the contract it does not depend on the terms of the contract, and there is nothing flowing from contractual intention which should preclude reliance on a concurrent or alternative liability in tort. The same is also true of reliance on a common law duty of care that falls short of a specific obligation or duty imposed by the express terms of a contract.

A concurrent or alternative liability in tort will not be admitted if its effect would be to permit the plaintiff to circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability for the act or omission that would constitute the tort. Subject to this qualification, where concurrent liability in tort and contract exists the plaintiff has the right to assert the cause of action that

L'obligation de diligence en *common law* qui, conformément au principe général énoncé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, résulte de l'existence de rapports suffisamment étroits entre les intéressés, ne se limite pas aux relations qui ne tirent pas leur origine d'un contrat. Bien que les liens dont il s'agissait dans les arrêts *Donoghue v. Stevenson*, *Hedley Byrne* et *Anns* aient été de nature non contractuelle et que l'on ait nécessairement parlé dans les jugements d'une obligation de diligence qui existe indépendamment d'un contrat, rien dans les énoncés d'un principe général dans ces arrêts ne laisse entendre que l'application du principe devrait se limiter à des liens qui prennent naissance indépendamment d'un contrat. La question est de savoir s'il existe des rapports suffisamment étroits, et non pas de savoir comment ils ont pris naissance. Pour des raisons d'intérêt public, le principe de la responsabilité délictuelle est général. Une obligation de diligence en *common law* peut découler de rapports étroits qui n'auraient pas existé en l'absence d'un contrat.

Les engagements stipulés dans le contrat révèlent la nature des liens dont découle l'obligation de diligence en *common law*, mais la nature et la portée de l'obligation de diligence invoquée comme fondement de la responsabilité délictuelle ne doivent pas dépendre d'obligations ou de devoirs précis créés expressément par le contrat. C'est dans ce sens que l'obligation de diligence en *common law* doit être indépendante du contrat. La distinction, en ce qui concerne les termes du contrat, est, d'une manière générale, entre ce qu'il faut faire et la façon de le faire. On ne saurait affirmer qu'une réclamation est en matière délictuelle si elle tient, en ce qui concerne la nature et la portée de l'obligation de diligence alléguée, à la façon dont une obligation a été expressément et précisément définie dans un contrat. Lorsque l'obligation de diligence en *common law* coïncide avec celle qui résulte d'une condition implicite du contrat, elle ne dépend pas des termes de celui-ci et il n'y a rien qui découle de l'intention des contractants qui devrait empêcher d'invoquer une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative. Il en va de même de la possibilité de se fonder sur une obligation de diligence en *common law* qui ne correspond pas à une obligation ou un devoir précis imposés expressément par un contrat.

Une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative ne sera pas admise si elle a pour effet de permettre au demandeur de contourner ou d'éluder une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constituerait le délit civil. Sous réserve de cette restriction, chaque fois qu'il existe simultanément une responsabilité délictuelle et

appears to be most advantageous to him in respect of any particular legal consequence.

These principles apply to the liability of a solicitor to a client for negligence in the performance of the professional services for which he has been retained. There is no sound reason of principle or policy why the solicitor should be in a different position in respect of concurrent liability from that of other professionals.

The basis of the solicitor's liability in tort for negligence and the client's right in such case to recover for purely financial loss is the principle affirmed in *Hedley Byrne* and treated in *Anns* as an application of a general principle of tortious liability for negligence based on the breach of a duty of care arising from a relationship of sufficient proximity. That principle is not confined to professional advice but applies to any act or omission in the performance of the services for which a solicitor has been retained.

The respondent solicitors were negligent in failing to ascertain the existence of s. 96(5) of the Nova Scotia *Companies Act*, to perceive that it raised a problem concerning the validity of the proposed mortgage and to advise the Nova Scotia Trust Company accordingly. Their negligence was causative of the damage suffered by the trust company.

A solicitor is required to bring reasonable care, skill and knowledge to the performance of the professional service which he has undertaken. The requirement of professional competence that was particularly involved in this case was reasonable knowledge of the applicable or relevant law. A solicitor is not required to know all the law applicable to the performance of a particular legal service but he must have a sufficient knowledge of the fundamental issues or principles of law applicable to the particular work he has undertaken to enable him to perceive the need to ascertain the law on relevant points.

While the solicitor's duty of care has generally been stated in the context of contractual liability as arising as an implied term of the contract or retainer, the same duty arises as a matter of common law from the relationship of proximity created by the retainer. In the absence of special terms in the contract determining the

une responsabilité résultant d'un contrat, il est loisible au demandeur de se prévaloir de la cause d'action qui lui paraît la plus avantageuse à l'égard d'une conséquence juridique donnée.

Ces principes s'appliquent à la responsabilité qu'a un avocat envers son client pour avoir fait preuve de négligence dans la prestation de ses services professionnels. Il n'y a aucune raison valable de principe ou de politique générale pour que la situation de l'avocat à l'égard de la responsabilité concurrente soit différente de celle d'autres personnes qui exercent des professions libérales.

Le fondement de la responsabilité délictuelle de l'avocat pour négligence et du droit de son client en pareil cas de se faire indemniser pour des pertes purement financières est le principe posé dans l'arrêt *Hedley Byrne* et considéré, dans l'arrêt *Anns*, comme l'application d'un principe général de responsabilité délictuelle pour négligence fondée sur le manquement à une obligation de diligence découlant de rapports suffisamment étroits entre les intéressés. Ce principe ne se limite pas aux conseils professionnels, mais s'applique à tout acte ou à toute omission d'un avocat dans la prestation de ses services.

Les avocats intimés ont fait preuve de négligence en ne vérifiant pas l'existence du par. 96(5) de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, en ne s'apercevant pas que cette disposition posait un problème en ce qui concerne la validité de l'hypothèque projetée et en ne conseillant pas Nova Scotia Trust Company en conséquence. C'est leur négligence qui est à l'origine du préjudice subi par la société de fiducie.

Un avocat est tenu de faire preuve de diligence, de compétence et de connaissances raisonnables dans la prestation de ses services professionnels. L'exigence de compétence professionnelle dont il est particulièrement question en l'espèce est la connaissance raisonnable des règles de droit applicables ou pertinentes. Un avocat n'est pas tenu de connaître toutes les règles de droit applicables à la prestation d'un service juridique donné, mais il doit posséder une connaissance suffisante des points ou des principes de droit fondamentaux applicables au travail précis qu'il a entrepris de sorte qu'il puisse percevoir la nécessité de vérifier les règles de droit qui s'appliquent à chaque point pertinent.

Bien que l'obligation de diligence de l'avocat ait généralement été décrite dans le contexte de la responsabilité contractuelle comme découlant d'une condition implicite du contrat entre l'avocat et le client, la même obligation résulte en *common law* des liens étroits créés par ce contrat. En l'absence de stipulations contractuelles

nature and scope of the duty of care in a particular case, the duties of care in contract and in tort are the same.

Respondent solicitors acted negligently. The fact that the capacity of a corporation to borrow and give security may be limited or subjected to certain conditions by the provisions of the applicable *Companies Act* is such basic knowledge that a reasonably competent solicitor must be held to possess it, whether he is a general practitioner or a specialist. It is knowledge which a solicitor who undertakes to do the legal work to obtain a mortgage or other security from a corporation must possess, and with it there is a duty to exercise reasonable care and skill to ascertain by an examination of the relevant legislation what limits or conditions it imposes upon the capacity of a corporation to give security. A reasonably competent solicitor, knowing that the mortgage was being given by Stonehouse to obtain a loan to assist in the purchase of its shares, would have recognized that s. 96(5) of the *Companies Act* raised a serious question concerning the legality or validity of the proposed mortgage. In the existing state of the law in 1968 the reasonably competent solicitor in Nova Scotia in 1968 would have perceived that there was a serious possibility that the mortgage might be held to be void as being contrary to s. 96(5) and would have advised his client accordingly.

The defence of contributory negligence must fail. The executive officers of the Nova Scotia Trust Company and the members of the Executive Committee of the Board of Directors did not have a duty of care with respect to the legal aspects of a transaction other than to retain qualified solicitors to perform the necessary legal services. They might well have been negligent had they relied on their own legal judgment in such a case.

A solicitor cannot raise the defence of illegality if it is only because of his negligence that the exercise of the professional services for which he was retained results in the carrying out of an illegal transaction. There was no merit in the contention that because the mortgage was illegal appellant's retainer of the respondents was also illegal and thus unenforceable as a basis of the appellant's action for breach of contract and negligence.

Appellant's action for negligence was not statute-barred. A cause of action arises for purposes of a

expresses précisant la nature et la portée de l'obligation de diligence dans un cas donné, l'obligation de diligence est la même en matière contractuelle et en matière délictuelle.

Les avocats intimés ont agi d'une manière négligente. Le fait que les dispositions de la loi applicable, savoir la *Companies Act*, peuvent restreindre ou soumettre à certaines conditions la capacité d'une société d'emprunter et de fournir une sûreté est un élément de connaissance à ce point fondamental qu'un avocat raisonnablement compétent doit être réputé le posséder, qu'il soit généraliste ou spécialiste. Il s'agit d'un élément de connaissance que doit avoir un avocat qui s'engage à faire le travail juridique nécessaire pour obtenir d'une société une hypothèque ou autre sûreté, et cette connaissance emporte l'obligation de faire preuve de diligence et de compétence raisonnables pour déterminer par un examen de la législation pertinente à quelles restrictions ou conditions celle-ci assujettit la capacité d'une société de fournir une sûreté. Un avocat raisonnablement compétent, sachant que Stonehouse consentait l'hypothèque pour obtenir un emprunt qui aiderait dans l'achat de ses actions, aurait reconnu que le par. 96(5) de la *Companies Act* posait un sérieux problème concernant la légalité ou la validité de l'hypothèque projetée. Suivant l'état du droit en 1968, un avocat raisonnablement compétent en Nouvelle-Écosse, cette année-là, se serait aperçu qu'il y avait une possibilité réelle que l'hypothèque soit jugée nulle pour le motif qu'elle contrevenait au par. 96(5) et aurait conseillé son client en conséquence.

Le moyen de défense fondé sur la faute de la victime doit être rejeté. Les administrateurs de Nova Scotia Trust Company et les membres du comité exécutif du conseil d'administration n'avaient pas à l'égard des aspects juridiques d'une opération d'autre obligation de diligence que celle de retenir les services d'avocats compétents pour fournir les services juridiques nécessaires. Ils auraient bien pu faire preuve de négligence si, dans un tel cas, ils s'en étaient remis à leur propre jugement juridique.

Un avocat ne saurait invoquer l'illégalité comme moyen de défense si c'est uniquement à cause de sa négligence que la prestation de ses services professionnels au client qui les a retenus aboutit à l'exécution d'une opération illégale. Est donc mal fondé l'argument selon lequel, en raison de l'illégalité de l'hypothèque, le contrat par lequel l'appelante a retenu les services des intimés était également illégal et ne pouvait donc servir de fondement à l'action de l'appelante pour rupture de contrat et négligence.

L'action de l'appelante pour négligence n'était pas prescrite. Une cause d'action prend naissance, aux fins

limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence. That rule should be followed and applied here. There is no principled reason for distinguishing in this regard between an action for injury to property and an action for the recovery of purely financial loss caused by professional negligence. Since the respondents gave the Nova Scotia Trust Company a certificate on January 17, 1969 that the mortgage was a first charge on the Stonehouse property, the earliest that appellant discovered or should have discovered respondents' negligence by the exercise of reasonable diligence was in April or May 1977 when the validity of the mortgage was challenged in the action for foreclosure. Accordingly, appellant's cause of action in tort did not arise before that date and its action against the respondents is not statute-barred.

de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable. Cette règle doit être suivie et appliquée en l'espèce. Il n'y a aucune raison de principe de faire la distinction à cet égard entre une action pour dommages causés à un bien et une action en indemnisation pour le préjudice purement financier résultant de la négligence professionnelle. Puisque les intimés ont remis à Nova Scotia Trust Company le 17 janvier 1969 un certificat portant que l'hypothèque constituait une charge de premier rang grevant la propriété de Stonehouse, ce n'est qu'en avril ou mai 1977, au moment où la validité de l'hypothèque a été contestée dans l'action en forclusion, que l'appelante a découvert la négligence des intimés ou aurait dû la découvrir si elle avait fait preuve de diligence raisonnable. En conséquence, la cause d'action délictuelle de l'appelante n'a pas pris naissance avant cette date et son action contre les intimés n'est pas prescrite.

Cases Cited

Considered: *Nunes Diamonds (J.) Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769; *Smith (G.I.) v. McInnis*, [1978] 2 S.C.R. 1357; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *Halvorson v. McLellan & Co.*, [1973] S.C.R. 65; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Groom v. Crocker*, [1939] 1 K.B. 194; *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801; *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, [1979] Ch. 384; *Aluminum Products (Qld.) Pty. Ltd. v. Hill*, [1981] Qd.R. 33; *Macpherson & Kelley v. Kevin J. Prunty & Associates*, [1983] 1 V.R. 573; *Steljes v. Ingram* (1903), 19 T.L.R. 534; *Finlay v. Murtagh*, [1979] I.R. 249; *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385; *McLaren Maycroft & Co. v. Fletcher Development Co.*, [1973] 2 N.Z.L.R. 100; *Brown v. Boorman* (1844), 11 Cl. & F. 1, affirming (1842), 3 Q.B. 511; *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555, affirming [1956] 2 Q.B. 180; *Matthews v. Kuwait Bechtel Corp.*, [1959] 2 Q.B. 57; *John Maryon International Ltd. v. New Brunswick Telephone Co.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 193; *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1985] 2 All E.R. 947, reversing [1984] 1 Lloyd's L.R. 555; *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297; *Schwebel v. Telekes*, [1967] 1 O.R. 541; *Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702; *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346; *Messineo v. Beale* (1978), 20 O.R. (2d) 49; *Jacobson Ford-Mercury Sales Ltd. v. Sivertz* (1979), 103 D.L.R.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Nunes Diamonds (J.) Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769; *Smith (G.I.) c. McInnis*, [1978] 2 R.C.S. 1357; *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465; *Elder, Dempster & Co. v. Paterson, Zochonis & Co.*, [1924] A.C. 522; *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446; *Halvorson c. McLellan & Co.*, [1973] R.C.S. 65; *Nocton v. Lord Ashburton*, [1914] A.C. 932; *Groom v. Crocker*, [1939] 1 K.B. 194; *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801; *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, [1979] Ch. 384; *Aluminum Products (Qld.) Pty. Ltd. v. Hill*, [1981] Qd.R. 33; *Macpherson & Kelley v. Kevin J. Prunty & Associates*, [1983] 1 V.R. 573; *Steljes v. Ingram* (1903), 19 T.L.R. 534; *Finlay v. Murtagh*, [1979] I.R. 249; *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385; *McLaren Maycroft & Co. v. Fletcher Development Co.*, [1973] 2 N.Z.L.R. 100; *Brown v. Boorman* (1844), 11 Cl. & F. 1, confirmant (1842), 3 Q.B. 511; *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555, confirmant [1956] 2 Q.B. 180; *Matthews v. Kuwait Bechtel Corp.*, [1959] 2 Q.B. 57; *John Maryon International Ltd. v. New Brunswick Telephone Co.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 193; *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1985] 2 All E.R. 947, infirmant [1984] 1 Lloyd's L.R. 555; *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297; *Schwebel v. Telekes*, [1967] 1 O.R. 541; *Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702; *Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346; *Messineo v. Beale* (1978), 20 O.R. (2d) 49; *Jacobson Ford-Mercury Sales*

(3d) 480; *Surrey (District of) v. Carroll-Hatch & Associates Ltd.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218; *Canadian Western Natural Gas Co. v. Pathfinder Surveys Ltd.* (1980), 12 Alta. L.R. (2d) 135; *Leigh and Sillivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1985] 2 W.L.R. 289; *Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 S.C.R. 578; *Thibault v. Central Trust Company of Canada*, [1963] S.C.R. 312; *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758; *Kamloops (City of) v. Nielsen*, [1984] 2 S.C.R. 2; *Pirelli General Cable Works Ltd. v. Oscar Faber & Partners*, [1983] 2 A.C. 1; **referred to:** *Central and Eastern Trust Co. v. Irving Oil Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 29, affirming (1978), 89 D.L.R. (3d) 374, reversing (1977), 81 D.L.R. (3d) 495; *Howell v. Young* (1826), 5 B. & C. 259; *Bean v. Wade* (1885), 2 T.L.R. 157; *Smith v. Fox* (1848), 6 Hare 386, 67 E.R. 1216; *Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399; *Kelly v. Metropolitan Railway Co.*, [1895] 1 Q.B. 944; *Turner v. Stallibrass*, [1898] 1 Q.B. 56; *Sachs v. Henderson*, [1902] 1 K.B. 612; *Edwards v. Mallan*, [1908] 1 K.B. 1002; *Jackson v. Mayfair Window Cleaning Co.*, [1952] 1 All E.R. 215; *Clark v. Kirby-Smith*, [1964] 1 Ch. 506; *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197; *Cook v. Swinfen*, [1967] 1 W.L.R. 457; *Heywood v. Wellers*, [1976] Q.B. 446; *Russell v. Palmer* (1767), 2 Wils. K.B. 325, 95 E.R. 837; *Godefroy v. Jay* (1831), 7 Bing. 413, 131 E.R. 159; *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 856; *Forster v. Outred & Co.*, [1982] 2 All E.R. 753; *Dabous v. Zuliani* (1976), 12 O.R. (2d) 230; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hartman v. The Queen in right of Ontario* (1973), 2 O.R. (2d) 244; *Hall v. Brooklands Auto Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205; *Power v. Halley* (1978), 88 D.L.R. (3d) 381; *Royal Bank of Canada v. Clark and Watters* (1978), 22 N.B.R. (2d) 693, 39 A.P.R. 693; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Attorney-General of Nova Scotia v. Aza Avramovitch Associates Ltd.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 588; *Consumers Glass Co. v. Foundation Co. of Canada/Compagnie Foundation du Canada* (1985), 20 D.L.R. (4th) 126; *Margarine Union G.m.b.H. v. Cambay Prince Steamship Co. (The "Wear Breeze")*, [1969] 1 Q.B. 219; *Rowe v. Turner Hopkins & Partners*, [1982] 1 N.Z.L.R. 178; *Flint & Walling Mfg. Co. v. Beckett*, 79 N.E. 503 (1906); *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1977] A.C. 405; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 521; *Tracy v. Atkins* (1979), 105 D.L.R. (3d) 632; *Hett v. Pun Pong* (1890), 18 S.C.R. 290; *Bannerman Brydone Folster & Co. v. Murray*, [1972] N.Z.L.R. 411; *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858.

Ltd. v. Sivertz (1979), 103 D.L.R. (3d) 480; *Surrey (District of) v. Carroll-Hatch & Associates Ltd.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218; *Canadian Western Natural Gas Co. v. Pathfinder Surveys Ltd.* (1980), 12 Alta. L.R. (2d) 135; *Leigh and Sillivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1985] 2 W.L.R. 289; *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578; *Thibault v. Central Trust Company of Canada*, [1963] R.C.S. 312; *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758; *Kamloops (Ville de) c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2; *Pirelli General Cable Works Ltd. v. Oscar Faber & Partners*, [1983] 2 A.C. 1; **arrêts mentionnés:** *Central and Eastern Trust Co. c. Irving Oil Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 29, confirmant (1978), 89 D.L.R. (3d) 374, infirmant (1977), 81 D.L.R. (3d) 495; *Howell v. Young* (1826), 5 B. & C. 259; *Bean v. Wade* (1885), 2 T.L.R. 157; *Smith v. Fox* (1848), 6 Hare 386, 67 E.R. 1216; *Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399; *Kelly v. Metropolitan Railway Co.*, [1895] 1 Q.B. 944; *Turner v. Stallibrass*, [1898] 1 Q.B. 56; *Sachs v. Henderson*, [1902] 1 K.B. 612; *Edwards v. Mallan*, [1908] 1 K.B. 1002; *Jackson v. Mayfair Window Cleaning Co.*, [1952] 1 All E.R. 215; *Clark v. Kirby-Smith*, [1964] 1 Ch. 506; *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197; *Cook v. Swinfen*, [1967] 1 W.L.R. 457; *Heywood v. Wellers*, [1976] Q.B. 446; *Russell v. Palmer* (1767), 2 Wils. K.B. 325, 95 E.R. 837; *Godefroy v. Jay* (1831), 7 Bing. 413, 131 E.R. 159; *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554; *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 856; *Forster v. Outred & Co.*, [1982] 2 All E.R. 753; *Dabous v. Zuliani* (1976), 12 O.R. (2d) 230; *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562; *Hartman v. The Queen in right of Ontario* (1973), 2 O.R. (2d) 244; *Hall v. Brooklands Auto Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205; *Power v. Halley* (1978), 88 D.L.R. (3d) 381; *Royal Bank of Canada v. Clark and Watters* (1978), 22 N.B.R. (2d) 693, 39 A.P.R. 693; *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728; *Attorney-General of Nova Scotia v. Aza Avramovitch Associates Ltd.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 588; *Consumers Glass Co. v. Foundation Co. of Canada/Compagnie Foundation du Canada* (1985), 20 D.L.R. (4th) 126; *Margarine Union G.m.b.H. v. Cambay Prince Steamship Co. (The «Wear Breeze»)*, [1969] 1 Q.B. 219; *Rowe v. Turner Hopkins & Partners*, [1982] 1 N.Z.L.R. 178; *Flint & Walling Mfg. Co. v. Beckett*, 79 N.E. 503 (1906); *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1977] A.C. 405; *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 521; *Tracy v. Atkins* (1979), 105 D.L.R. (3d) 632; *Hett v. Pun Pong* (1890), 18 R.C.S. 290; *Bannerman Brydone Folster & Co. v. Murray*, [1972] N.Z.L.R. 411; *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858.

Statutes and Regulations Cited

Bills of Lading Act, 1855, 18 & 19 Vict., c. 111, s. 1.
Civil Code, art. 1053.
Companies Act, R.S.N.B. 1952, c. 33, s. 37(1).
Companies Act, R.S.N.S. 1967, c. 42, s. 96(5).
Contributory Negligence Act, R.S.A. 1970, c. 65.
Contributory Negligence Act, R.S.B.C. 1960, c. 74.
County Courts Act, 1888, 51 & 52 Vict., c. 43, s. 66.
Limitation Act, 1939, 2 & 3 Geo. 6, c. 21, s. 26.
Limitation Act 1963, (U.K.), c. 47.
Limitations Act, S.B.C. 1975, c. 37, s. 16.
Municipal Act, R.S.B.C. 1960, c. 255, s. 738(2).
Negligence Act, R.S.O. 1970, c. 296, s. 2(1)(*e*).
Statute of Limitations, R.S.B.C. 1948, c. 191, s. 38.
Statute of Limitations, R.S.N.S. 1967, c. 168, s. 2(1)(c).
Tortfeasors Act, R.S.N.S. 1967, c. 307.

Lois et règlements cités

Bills of Lading Act, 1855, 18 & 19 Vict., chap. 111, art. 1.
Code civil, art. 1053.
Companies Act, R.S.N.B. 1952, chap. 33, art. 37(1).
Companies Act, R.S.N.S. 1967, chap. 42, art. 96(5).
Contributory Negligence Act, R.S.A. 1970, chap. 65.
Contributory Negligence Act, R.S.B.C. 1960, chap. 74.
County Courts Act, 1888, 51 & 52 Vict., chap. 43, art. 66.
Limitation Act, 1939, 2 & 3 Geo. 6, chap. 21, art. 26.
Limitation Act 1963, (R.-U.), chap. 47.
Limitations Act, S.B.C. 1975, chap. 37, art. 16.
Municipal Act, R.S.B.C. 1960, chap. 255, art. 738(2).
Negligence Act, R.S.O. 1970, chap. 296, art. 2(1)*e*).
Statute of Limitations, R.S.B.C. 1948, chap. 191, art. 38.
Statute of Limitations, R.S.N.S. 1967, chap. 168, art. 2(1)c).
Tortfeasors Act, R.S.N.S. 1967, chap. 307.

Authors Cited

American Jurisprudence, vol. 38, "Negligence" § 20.
American Jurisprudence, vol. 7, 2nd ed., "Attorneys at Law" § 200.
Charlesworth, John and R. A. Percy. *Charlesworth and Percy on Negligence*, 7th ed. Commonwealth Law Library no. 6. London: Sweet and Maxwell, 1983.
Dugdale, A. M. and K. M. Stanton. *Professional Negligence*. London: Butterworths, 1982.
Dwyer, John L. "Solicitor's Negligence — Tort or Contract?" (1982), 56 *A.L.J.* 524.
Fifoot, Cecil H. Stewart. *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*. London: Stevens, 1949.
French, Christine. "The Contract/Tort Dilemma" (1983), 5 *Otago L.R.* 236.
Jackson, Rupert M. and John L. Powell. *Professional Negligence*. London: Sweet and Maxwell, 1982.
Mahoney, R. M. "Lawyers — Negligence — Standard of Care" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 221.
Prosser, William Lloyd. "The Borderland of Tort and Contract." In *Selected Topics on the Law of Torts*. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1953.
Prosser, William Lloyd. *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1971.
Prosser, William Lloyd, John W. Wade and Victor E. Schwartz. *Cases and Materials on Torts*, 6th ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1976.
Winfield, Sir Percy Henry. *Winfield on Tort*, 7th ed. By J. A. Jalowicz and T. Ellis Lewis. London: Sweet and Maxwell, 1963.

Doctrine citée

American Jurisprudence, vol. 38, «Negligence» § 20.
American Jurisprudence, vol. 7, 2nd ed., «Attorneys at Law» § 200.
Charlesworth, John and R. A. Percy. *Charlesworth and Percy on Negligence*, 7th ed. Commonwealth Law Library no. 6. London: Sweet and Maxwell, 1983.
Dugdale, A. M. and K. M. Stanton. *Professional Negligence*. London: Butterworths, 1982.
Dwyer, John L. «Solicitor's Negligence — Tort or Contract?» (1982), 56 *A.L.J.* 524.
Fifoot, Cecil H. Stewart. *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*. London: Stevens, 1949.
French, Christine. «The Contract/Tort Dilemma» (1983), 5 *Otago L.R.* 236.
Jackson, Rupert M. and John L. Powell. *Professional Negligence*. London: Sweet and Maxwell, 1982.
Mahoney, R. M. «Lawyers — Negligence — Standard of Care» (1985), 63 *R. du B. can.* 221.
Prosser, William Lloyd. «The Borderland of Tort and Contract.» In *Selected Topics on the Law of Torts*. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1953.
Prosser, William Lloyd. *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1971.
Prosser, William Lloyd, John W. Wade and Victor E. Schwartz. *Cases and Materials on Torts*, 6th ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1976.
Winfield, Sir Percy Henry. *Winfield on Tort*, 7th ed. By J. A. Jalowicz and T. Ellis Lewis. London: Sweet and Maxwell, 1963.

APPEAL from a judgment of the Nova Scotia Court of Appeal (1983), 57 N.S.R. (2d) 125, 120 A.P.R. 125, 147 D.L.R. (3d) 260, 28 R.P.R. 185, dismissing an appeal from a judgment of Hallett J. (1982), 53 N.S.R. (2d) 69, 109 A.P.R. 69, 139 D.L.R. 385, dismissing appellant's action. Appeal allowed.

R. A. Cluney, Q.C., and *R. G. Belliveau*, for the appellant.

Arthur R. Moreira, Q.C., *Alexander S. Beveridge* and *Colin D. Bryson*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—The principal question in this appeal is whether a solicitor is liable to a client in tort as well as in contract for the damage caused by a failure to meet the requisite standard of care in the performance of the services for which the solicitor has been retained. The consequential issue in the appeal is whether, if there was a failure to meet the requisite standard of care, the appellant's action against the respondents is statute-barred.

The appeal is by leave of the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, from the judgment of the Appeal Division on March 30, 1983 dismissing the appeal from the judgment of Hallett J. in the Trial Division on August 9, 1982, which dismissed the appellant's action in damages against the respondent solicitors for breach of contract and negligence in failing to advise their client that a mortgage might, if challenged, be held to be void, as it was later held by this Court, because of a statutory provision making it unlawful for a company to give financial assistance in connection with a purchase of its shares.

I

The relationship of solicitor and client arose in the following manner. The respondent solicitors were acting for persons who had agreed to purchase all the shares in the capital stock of Stonehouse Motel and Restaurant Limited (hereinafter

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Nouvelle-Écosse (1983), 57 N.S.R. (2d) 125, 120 A.P.R. 125, 147 D.L.R. (3d) 260, 28 R.P.R. 185, qui a rejeté l'appel d'une décision du juge Hallett (1982), 53 N.S.R. (2d) 69, 109 A.P.R. 69, 139 D.L.R. 385, qui avait rejeté l'action de l'appelante. Pourvoi accueilli.

R. A. Cluney, c.r., et *R. G. Belliveau*, pour l'appelante.

Arthur R. Moreira, c.r., *Alexander S. Beveridge* et *Colin D. Bryson*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN—La question principale soulevée dans ce pourvoi est de savoir si un avocat a, envers le client qui a retenu ses services, une responsabilité délictuelle aussi bien que contractuelle pour le préjudice résultant de l'omission de satisfaire à la norme requise de diligence dans la prestation desdits services. La question qui en découle est de savoir si, dans l'hypothèse d'une telle omission, l'action intentée par l'appelante contre les intimés est frappée de prescription.

Le présent pourvoi, autorisé par la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, a été formé contre l'arrêt rendu le 30 mars 1983 par la Division d'appel qui a rejeté l'appel interjeté contre le jugement du 9 août 1982 dans lequel le juge Hallett de la Division de première instance avait débouté l'appelante de l'action en dommages-intérêts qu'elle avait intentée contre les avocats intimés pour rupture de contrat et pour avoir fait preuve de négligence en n'informant pas leur cliente qu'une hypothèque pourrait, en cas de contestation, être déclarée nulle, comme l'a fait subséquemment cette Cour en raison d'une disposition législative interdisant à une société d'accorder une aide financière reliée à l'achat de ses propres actions.

I

La relation avocat-client a pris naissance de la manière exposée ci-après. Les avocats intimés agissaient pour le compte de personnes qui avaient convenu d'acheter pour le prix de 315 000 $ tout le capital-actions de Stonehouse Motel and Restau-

referred to as "Stonehouse") for $315,000. It was a condition of the agreement of purchase and sale that the purchasers would obtain a mortgage on the property of Stonehouse for not less than $225,000, the proceeds of which would be paid to the vendor in part satisfaction of the purchase price of the shares. An application for the mortgage loan was made by one of the purchasers on behalf of Stonehouse to the Nova Scotia Trust Company, and in accordance with the practice in such cases the respondents were retained by the trust company to perform the necessary legal services in connection with the mortgage transaction. A letter dated December 12, 1968 from the trust company to the respondent Rafuse, which confirmed the approval of the mortgage loan to Stonehouse, said: "We would therefore ask you to kindly search the title to the property in question ensuring it is good and valid for our purposes and provide us with your Certificate." The mortgage loan was approved and the instructions given to the respondent solicitors on behalf of the trust company by persons who had had legal training.

rant Limited (ci-après appelée «Stonehouse»). L'une des conditions de la promesse de vente portait que les acheteurs devraient obtenir un prêt hypothécaire d'au moins 225 000 $, garanti par la propriété de Stonehouse, qui serait versé au vendeur en paiement partiel du prix d'achat des actions. L'un des acheteurs, agissant pour le compte de Stonehouse, a présenté à Nova Scotia Trust Company une demande de prêt hypothécaire et, conformément à la pratique suivie dans de tels cas, la société de fiducie a retenu les services d'avocats, en l'occurrence les intimés, pour s'occuper des aspects juridiques de l'hypothèque. Dans une lettre en date du 12 décembre 1968 adressée par la société de fiducie à l'intimé Rafuse, qui confirmait l'approbation du prêt hypothécaire à Stonehouse, on disait ce qui suit: [TRADUCTION] «Par conséquent, auriez-vous l'obligeance de faire une recherche de titres relativement au bien-fonds en question afin de s'assurer qu'il s'agit d'un titre valable à nos fins, et de nous fournir un certificat attestant ce fait.» Le prêt hypothécaire a été approuvé et les instructions données aux avocats intimés au nom de la société de fiducie émanaient de personnes possédant une formation juridique.

At the closing of the sale on December 31, 1968 the purchasers of the shares, acting as the new officers of Stonehouse, executed a first mortgage on the real property and a chattel mortgage on the equipment of the company as security for a loan of $225,000 from the trust company. The respondent Cordon, acting for both the purchasers and the trust company, gave the solicitors for the vendor a cheque in the amount of $300,000, the funds for which included the proceeds of $225,000 from the mortgage loan, in payment for the shares. On January 17, 1969 the respondent Cordon, reporting on behalf of his firm to the trust company concerning the mortgage transaction, said: "We hereby certify that the title to the above property is free and clear of all encumbrances and that the mortgage from Stone-House Motel and Restaurant Limited forms a first charge on the property, and that all taxes have been paid to December 31, 1969."

À la signature de la vente le 31 décembre 1968, les acheteurs des actions, en leur qualité de nouveaux dirigeants de Stonehouse, ont alors consenti une hypothèque de premier rang sur le bien-fonds et un nantissement sur le matériel de la société en garantie d'un prêt de 225 000 $ accordé par la société de fiducie. L'intimé Cordon, représentant à la fois les acheteurs et la société de fiducie, a remis aux avocats du vendeur un chèque de 300 000 $, dont 225 000 $ provenaient du prêt hypothécaire, en paiement des actions. Le 17 janvier 1969, l'intimé Cordon, faisant rapport pour le compte de son cabinet à la société de fiducie concernant l'opération hypothécaire a dit: [TRADUCTION] «Nous certifions par les présentes que le titre du bien-fonds susmentionné est libre de toute charge, que l'hypothèque consentie par Stone-House Motel and Restaurant Limited constitue une charge de premier rang grevant le bien-fonds et que tous les impôts ont été acquittés jusqu'au 31 décembre 1969.»

The appellant, Central Trust Company, is the successor of the Nova Scotia Trust Company. On April 21, 1977 it instituted an action against Stonehouse for foreclosure of the mortgage. Irving Oil Limited, a creditor of Stonehouse with registered judgments, intervened to oppose the action. Both Stonehouse and Irving raised the defence that the mortgage was void as being contrary to s. 96(5) of the Nova Scotia *Companies Act*, R.S.N.S. 1967, c. 42, which provided:

> **96.** ...
>
> (5) Subject to this Section, it shall not be lawful for a company to give, whether directly or indirectly, and whether by means of a loan, guarantee, the provision of security or otherwise, any financial assistance for the purpose of or in connection with a purchase made or to be made by any person of any shares in the company.

By judgment on November 25, 1977 in *Central and Eastern Trust Co. v. Stonehouse Motel and Restaurant Ltd.* (1977), 81 D.L.R. (3d) 495, the Nova Scotia Supreme Court, Trial Division (Hart J.), held that the mortgage was not void by reason of s. 96(5) and granted an order for foreclosure. On appeal from this judgment the Supreme Court of Nova Scotia, Appeal Division (Coffin, Macdonald and Pace JJ.A.), held on July 10, 1978 in *Irving Oil Ltd. v. Central and Eastern Trust Co.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 374, that the mortgage was void by reason of s. 96(5) except for the amount by which the obligations of Stonehouse were to be reduced by application of the proceeds of the mortgage loan. On appeal from that judgment this Court held on April 22, 1980 in *Central and Eastern Trust Co. v. Irving Oil Ltd.*, [1980] 2 S.C.R. 29, that the mortgage was void as a whole as being contrary to s. 96(5).

On October 28, 1980, following the judgment of this Court declaring the mortgage to be void, the appellant instituted its action against the respondents for breach of contract and negligence. It alleged negligence in failing to appreciate and advise the Nova Scotia Trust Company that the mortgage might be held to be void as being con-

L'appelante, Central Trust Company, est le successeur de Nova Scotia Trust Company. Le 21 avril 1977, elle a intenté contre Stonehouse une action en forclusion hypothécaire. Irving Oil Limited, une créancière de Stonehouse ayant des jugements inscrits contre elle, est intervenue pour s'opposer à l'action. Stonehouse et Irving ont toutes les deux invoqué comme moyen de défense la nullité de l'hypothèque pour le motif qu'elle enfreignait le par. 96(5) de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1967, chap. 42, dont voici le texte:

> [TRADUCTION] **96.** ...
>
> (5) Sous réserve du présent article, une compagnie ne peut légalement donner directement ou indirectement, soit par le moyen de prêt, garantie, nantissement, soit autrement, une aide financière aux fins ou à l'égard d'un achat d'actions de la compagnie effectué ou à effectuer par qui que ce soit.

Dans une décision rendue le 25 novembre 1977, intitulée *Central and Eastern Trust Co. v. Stonehouse Motel and Restaurant Ltd.* (1977), 81 D.L.R. (3d) 495, la Division de première instance de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (le juge Hart) a conclu que le par. 96(5) n'entraînait pas la nullité de l'hypothèque et a accordé une ordonnance de forclusion. Ce jugement a été porté en appel devant la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse (les juges Coffin, Macdonald et Pace) qui, le 10 juillet 1978, dans l'arrêt *Irving Oil Ltd. v. Central and Eastern Trust Co.* (1978), 89 D.L.R. (3d) 374, a conclu à la nullité de l'hypothèque en raison du par. 96(5), sauf en ce qui avait trait au montant par lequel les obligations de Stonehouse devaient être réduites par l'utilisation du montant du prêt hypothécaire. Un pourvoi a été formé contre cet arrêt et, le 22 avril 1980, dans l'arrêt *Central and Eastern Trust Co. c. Irving Oil Ltd.*, [1980] 2 R.C.S. 29, cette Cour a déclaré l'hypothèque nulle en totalité pour le motif qu'elle allait à l'encontre du par. 96(5).

Le 28 octobre 1980, à la suite de l'arrêt de cette Cour déclarant nulle l'hypothèque, l'appelante a intenté contre les intimés son action pour rupture de contrat et pour négligence. La négligence aurait consisté à ne pas se rendre compte que l'hypothèque risquait d'être déclarée nulle pour le motif qu'elle contrevenait au par. 96(5) de la *Companies*

trary to s. 96(5) of the *Companies Act* because it was given by Stonehouse to provide financial assistance in connection with the purchase of shares in the company.

In their defence the respondents contended: (a) that their liability, if any, was in contract only and not in tort; (b) that they had not been negligent, particularly in view of the conflicting judicial opinion on the question of the validity of the mortgage; (c) that there was contributory negligence on the part of the Nova Scotia Trust Company or those for whom it was responsible because of the approval of the mortgage loan and the instructions to the respondents by persons of legal training; (d) that the contract between the Nova Scotia Trust Company and the respondents, having as its object an illegal transaction, was itself illegal and could not therefore be the basis of an action in damages; and (e) the appellant's action was barred by *The Statute of Limitations*, R.S.N.S. 1967, c. 168.

Hallett J. in the Trial Division (1982), 139 D.L.R. (3d) 385, dismissed the appellant's action on the ground that the respondents had not been negligent. He did not deal with the other issues.

The Appeal Division (Cooper, Pace and Jones JJ.A.) (1983), 147 D.L.R. (3d) 260, held that the respondents had been negligent but dismissed the appeal on the ground that the action was barred by *The Statute of Limitations*. The Court of Appeal was of this view whether or not the appellant's action could be based on tort as well as contract, a question on which it did not express an opinion.

It was conceded by the appellant in this Court that if the respondent solicitors were liable in contract only the appellant's action was statute-barred. The issues in the appeal, in the order in which I propose to deal with them to the extent necessary for the disposition of the appeal, may be summarized as follows:

1. Can a solicitor be liable to a client in tort as well as in contract for negligence in the

Act du fait qu'elle avait été consentie par Stonehouse pour fournir une aide financière reliée à l'achat de ses actions, et à ne pas avoir informé l'appelante de ce danger.

Pour leur défense les intimés ont fait valoir: a) que leur responsabilité, s'il y a lieu, ne pouvait qu'être contractuelle et non délictuelle, b) qu'ils n'avaient pas fait preuve de négligence, compte tenu particulièrement des opinions contradictoires exprimées par les tribunaux sur la question de la validité de l'hypothèque, c) qu'il y a eu faute de la part de Nova Scotia Trust Company, ou des personnes dont elle répondait, en raison de l'approbation du prêt hypothécaire et des instructions données aux intimés par des personnes possédant une formation juridique, d) que le contrat entre Nova Scotia Trust Company et les intimés, du fait qu'il portait sur une opération illégale, était lui-même illégal et ne pouvait en conséquence justifier une action en dommages-intérêts, et e) l'action de l'appelante était prescrite en vertu de *The Statute of Limitations*, R.S.N.S. 1967, chap. 168.

En Division de première instance (1982), 139 D.L.R. (3d) 385, le juge Hallett a rejeté l'action de l'appelante pour le motif que les intimés n'avaient pas fait preuve de négligence. Il n'a pas abordé les autres points soulevés.

La Division d'appel (les juges Cooper, Pace et Jones) (1983), 147 D.L.R. (3d) 260, a conclu que les intimés avaient fait preuve de négligence, mais a rejeté l'appel pour le motif que l'action était prescrite en vertu de *The Statute of Limitations*. La Cour d'appel était de cet avis peu importe que l'action de l'appelante puisse ou non être fondée aussi bien sur la responsabilité délictuelle que sur la responsabilité contractuelle, question sur laquelle elle ne s'est pas prononcée.

L'appelante a reconnu en cette Cour que, si la responsabilité des avocats intimés était purement contractuelle, son action serait prescrite. Voici en résumé les questions soulevées en l'espèce dans l'ordre dans lequel je me propose de les examiner dans la mesure où cela peut être nécessaire pour trancher le pourvoi:

1. Un avocat peut-il avoir, envers le client qui a retenu ses services professionnels, une respon-

performance of the professional services for which the solicitor has been retained?

2. Were the respondent solicitors negligent in carrying out the mortgage transaction for the Nova Scotia Trust Company?
3. Was there contributory negligence on the part of the Nova Scotia Trust Company or those for whom it was responsible?
4. Is the appellant prevented from bringing its action because of the illegality of the mortgage?
5. Is the appellant's action barred by *The Statute of Limitations*?

The parties are agreed on the quantum of damages if the respondents are liable. The terms of their agreement were noted by Hallett J. in his judgment as follows: "The defendants have agreed as to the quantum of the plaintiff's claim which consists of $424,434.04 outstanding on the mortgage for principal, interest and taxes, plus interest accruing daily after April 14, 1982, at the rate of $156.93 and legal fees of $56,759.46 incurred by the plaintiff in attempting to enforce the mortgage." This agreement as to quantum was reaffirmed by the parties in their factums in this Court.

II

The question whether there can be concurrent liablity in contract and in tort for negligence in the performance of professional services has been the subject of conflicting judicial opinion and a great deal of academic commentary which has been overwhelmingly in favour of the recognition of concurrent liability in such a case. Important legal consequences have turned on the differences in the rules applicable to contractual and tortious liability. The three most important areas in which these differences have been reflected in the decisions on the question of concurrent liability are limitation of actions, measure of damages and apportionment ment of liability. Although there has been an increasing judicial disposition to apply similar rules, or at least to reach similar results, with respect to these issues under the two kinds of

sabilité délictuelle aussi bien que contractuelle pour avoir fait preuve de négligence dans la prestation desdits services?

2. Les avocats intimés ont-ils fait preuve de négligence en réalisant l'opération hypothécaire pour Nova Scotia Trust Company?
3. Y a-t-il eu faute de la part de Nova Scotia Trust Company ou des personnes dont elle répondait?
4. L'action de l'appelante est-elle irrecevable en raison de l'illégalité de l'hypothèque?
5. L'action de l'appelante est-elle prescrite en vertu de *The Statute of Limitations*?

Les parties se sont entendues sur le montant des dommages-intérêts à verser si jamais il y a responsabilité de la part des intimés. Le juge Hallett note ainsi les termes de leur accord dans ses motifs de jugement: [TRADUCTION] «Les défendeurs ont approuvé le montant réclamé par la demanderesse, lequel comprend 424 434,04 $ au titre de l'hypothèque (capital, intérêts et impôts) plus les intérêts courus après le 14 avril 1982 au taux de 156,93 $ par jour ainsi que des frais de justice de l'ordre de 56 759,46 $ engagés par la demanderesse pour tenter d'obtenir l'exécution de l'hypothèque.» Cet accord quant au montant a été confirmé par les parties dans leurs mémoires en cette Cour.

II

La question de savoir si la négligence dans la prestation de services professionnels peut entraîner une responsabilité à la fois contractuelle et délictuelle a fait l'objet d'opinions contradictoires de la part des tribunaux et a été longuement discutée par les auteurs de doctrine dont une majorité écrasante s'est dite en faveur de la reconnaissance de l'existence d'une responsabilité concurrente dans un tel cas. D'importantes conséquences juridiques découlent des divergences quant aux règles applicables à la responsabilité contractuelle et à la responsabilité délictuelle. Les trois domaines les plus importants dans lesquels ces divergences se sont manifestées dans la jurisprudence portant sur la question de la responsabilité concurrente sont ceux de la prescription des actions, du calcul des dommages-intérêts et du partage de la responsabi-

liability, there are likely to remain differences of result in certain cases flowing from inherent differences between contract and tort. Although an assimilation of the rules or results under the two kinds of liability has been advocated as one response to the issue of concurrent liability, the question is unlikely to be rendered wholly academic by this clearly discernible development in the law. It has been the important difference of result, particularly in the three areas referred to, that has given the question of concurrent liability its policy focus and interest in the abundant judicial and academic opinion on the subject.

At least three major considerations are reflected in that body of opinion. The first is the view of those who oppose concurrent liability that where persons have entered into a contractual relationship their liability for an act or omission which constitutes a breach of contract should be governed entirely by the law of contract. The relationship, which would not have existed but for the contract, should not be held to give rise to a common law duty of care. It would be unfair to add a tortious liability to the contractual liability which the parties may be presumed to have contemplated: This view appears to rest on an implied contractual intent as much as on the scope of tortious liability. The second consideration that one finds reflected in the opinion on the question of concurrent liability is the view of those who favour concurrent liability that a common law duty of care is created by certain kinds of relationship, whether or not the relationship has its origin in contract. On this view, there is nothing in the leading cases affirming the conditions under which a common law duty of care arises to suggest that it is confined to non-contractual relationships. This view recognizes that tortious liability may be limited or excluded by the express or implied terms of a contract but denies that there is any basis for

lité. Bien que les tribunaux se montrent de plus en plus disposés à appliquer des règles semblables ou, tout au moins, à arriver à des résultats semblables relativement à ces questions, peu importe lequel des deux types de responsabilité est en cause, il subsistera probablement dans certains cas des différences de résultat découlant des différences inhérentes entre les domaines contractuel et délictuel. Même si on a préconisé comme solution possible au problème de la responsabilité concurrente l'assimilation des règles applicables aux deux types de responsabilités, ou de leurs résultats, il est peu probable que cette orientation très perceptible du droit dans ce domaine puisse rendre la question purement théorique. C'est cette différence importante sur le plan des résultats, particulièrement dans les trois domaines susmentionnés, qui a conféré à la question de la responsabilité concurrente son importance ou intérêt de principe dans les nombreuses opinions exprimées à ce propos par les juges et les auteurs de doctrine.

Au moins trois considérations majeures se dégagent de cet ensemble d'opinions. Il y a d'abord le point de vue des opposants à la responsabilité concurrente, selon lequel lorsqu'il existe des liens contractuels entre des personnes, leur responsabilité pour un acte ou pour une omission qui constitue une rupture de contrat doit être régie entièrement par le droit des contrats. Les liens qui n'auraient jamais existé sans le contrat ne doivent pas être considérés comme créant une obligation de diligence en *common law*. Il serait injuste d'ajouter une responsabilité délictuelle à la responsabilité contractuelle qui, on peut le supposer, a été envisagée par les parties. Ce point de vue semble reposer autant sur l'existence d'une intention contractuelle implicite que sur la portée de la responsabilité délictuelle. La deuxième considération qui ressort des opinions sur la question de la responsibilité concurrente est le point de vue des tenants de cette responsabilité, selon lequel certains types de liens, peu importe qu'ils tirent ou non leur origine d'un contrat, font naître une obligation de diligence en *common law*. Suivant ce point de vue, aucun arrêt de principe énonçant les circonstances dans lesquelles la *common law* impose une obligation de diligence ne laisse entendre que cette obligation se limite à des liens non contractuels. Tout

reading an implied term into every contract that liability is to be governed entirely by the law of contract. This view is really an assertion of the scope of tortious liability in contrast to an assertion of the scope of contractual intention by the opposing view. The third major consideration reflected in the opinion on the issue of concurrent liability is the view, also of those who favour concurrent liability, that to deny that a retained solicitor may be liable to a client in tort as well as in contract for negligence in the performance of the professional services for which he has been retained is to place the solicitor's liability to a client in an anomalous position with resulting injustice. The question of justice, which is urged by the proponents of both views on the issue of concurrent liability, is not free from ambiguity or ambivalence. What may appear just to one party may appear unjust to the other. Take, for example, the limitation of actions, which is a measure for the protection of defendants. There are obviously considerations of justice applicable to both parties. So also with the measure of damages. Perhaps contributory negligence and apportionment of liability is the area in which the question of justice is clearest and least ambiguous: that a person who is only partially liable should not be held to be wholly liable.

These, it would seem, are the major policy considerations underlying the issue of concurrent liability. Consideration of the authorities on this issue must begin in this Court with the judgment of Pigeon J. on behalf of the majority in *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] S.C.R. 769, and his dissenting opinion in *Smith v. McInnis*, [1978] 2 S.C.R. 1357.

en reconnaissant que la responsabilité délictuelle peut être limitée ou exclue expressément ou implicitement par un contrat, ce point de vue porte que rien ne justifie que chaque contrat soit interprété comme comportant une condition implicite selon laquelle la responsabilité doit être régie exclusivement par le droit des contrats. Ce point de vue constitue vraiment une déclaration de la portée de la responsabilité délictuelle, par rapport au point de vue opposé qui constitue une déclaration de la portée de l'intention des contractants. La troisième considération majeure qui ressort des opinions sur la question de la responsabilité concurrente est le point de vue, également partagé par les tenants de la responsabilité concurrente, selon lequel en ne reconnaissant pas qu'un avocat puisse avoir envers le client qui a retenu ses services professionnels une responsabilité aussi bien délictuelle que contractuelle pour avoir fait preuve de négligence dans la prestation desdits services, on crée une situation anormale en ce qui concerne la responsabilité de l'avocat envers son client et il en résulte une injustice. La question de la justice, sur laquelle insistent aussi bien ceux qui préconisent la responsabilité concurrente que ceux qui s'y opposent, n'est pas sans présenter une certaine ambiguïté ou ambivalence. Ce qui peut paraître juste aux yeux d'une partie peut être considéré comme injuste par l'autre. Prenons, par exemple, la prescription des actions qui est une mesure visant à protéger les parties défenderesses. Évidemment, il y a des considérations de justice applicables aux deux parties. Il en va de même pour ce qui est du calcul des dommages-intérêts. C'est peut-être dans le domaine de la faute de la victime et du partage de la responsabilité que la question de la justice est la plus claire et la moins ambiguë; une personne qui n'est responsable qu'en partie ne doit pas être jugée entièrement responsable.

Voilà, semble-t-il, les considérations de principe majeures qui sous-tendent la question de la responsabilité concurrente. L'examen de la jurisprudence relative à cette question doit commencer en cette Cour par les motifs qu'a rédigés le juge Pigeon au nom de la majorité dans l'affaire *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, [1972] R.C.S. 769, et ses motifs de dissidence dans l'arrêt *Smith c. McInnis*, [1978] 2 R.C.S. 1357.

In *Nunes Diamonds* the issue of concurrent liability was whether the respondent, Dominion Electric Protection Company ("D.E.P."), which had undertaken to provide a burglar alarm service for the appellant diamond merchants ("Nunes"), was liable in tort to Nunes for negligent misrepresentations concerning the functioning of the alarm system despite the existence of a contract containing a limitation of liability. The contract provided that D.E.P. was not an insurer, that the rates charged were based on the probable value of the burglar alarm service, and that in the event of loss resulting from a failure to perform the service the liability of D.E.P. would be limited to $50 as liquidated damages. It also provided that no conditions, warranties or representations had been made by D.E.P., its officers, servants or agents other than those set out in writing in the contract. The alleged misrepresentations that the alarm system had not been and could not be circumvented were made several months after the contract was entered into, following a burglary at the premises of another diamond merchant, who was also using the D.E.P. alarm system. Some time later a burglary occurred at the premises of Nunes, and a large quantity of diamonds was stolen. The alarm system failed to sound because it had been circumvented. Nunes sued D.E.P. for breach of contract and negligence. The trial court, the Ontario Court of Appeal and this Court were all of the opinion that there had not been a breach of contract. The issue was whether there had been negligent misrepresentation concerning the functioning of the alarm system for which D.E.P. was liable in tort on the basis of the principle affirmed in *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465. The trial court and the Court of Appeal were of the opinion that there had not been misrepresentation for which D.E.P. was liable. The majority of this Court appear also to have been of this view but, assuming that there had been a misrepresentation, they held that there could not be liability in tort for it because of the existence of

Dans l'affaire *Nunes Diamonds*, la question relative à la responsabilité concurrente était de savoir si l'intimée, Dominion Electric Protection Company («D.E.P.»), qui s'était engagée à fournir au diamantaire appelant («Nunes») un service d'alarme contre le cambriolage, avait une responsabilité délictuelle envers Nunes en raison de déclarations inexactes faites par négligence au sujet du fonctionnement du système d'alarme, et ce, malgré l'existence d'un contrat contenant une clause limitant la responsabilité. Le contrat portait que D.E.P. n'était pas un assureur, que les taux exigés étaient fondés sur la valeur probable du service d'alarme contre le cambriolage, et qu'en cas de perte résultant d'une omission de fournir le service en question, la responsabilité de D.E.P. serait limitée au versement de 50 $ à titre de dommages-intérêts. Il prévoyait en outre qu'aucune condition, garantie ni déclaration n'avait été faite par D.E.P., ses employés, préposés ou agents, à part celles qui figuraient par écrit dans le contrat. Les déclarations supposément inexactes selon lesquelles le système d'alarme n'avait pas été déjoué ni ne pouvait l'être avaient été faites plusieurs mois après la passation du contrat, à la suite d'un cambriolage commis dans les locaux d'un autre diamantaire, qui se servait également du système d'alarme de D.E.P. Quelque temps après, un cambriolage a eu lieu chez Nunes et une quantité importante de diamants a été volée. Le système d'alarme ne s'est pas mis en marche parce qu'on l'avait déjoué. Nunes a poursuivi D.E.P. pour rupture de contrat et pour négligence. La cour de première instance, la Cour d'appel de l'Ontario et cette Cour ont toutes été d'avis qu'il n'y avait pas eu de rupture de contrat. La question était donc de savoir si des déclarations inexactes avaient été faites par négligence au sujet du fonctionnement du système d'alarme, de manière à engager la responsabilité délictuelle de D.E.P. en fonction du principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.*, [1964] A.C. 465. La cour de première instance et la Cour d'appel ont conclu à l'absence de déclarations inexactes entraînant la responsabilité de D.E.P. Cette Cour à la majorité semble avoir partagé cet avis, mais a conclu que, même à supposer qu'il y ait eu déclarations inexactes, il ne pouvait y avoir

the contract. Pigeon J., with whom Martland and Judson JJ. concurred, said at pp. 777-78:

> Furthermore, the basis of tort liability considered in *Hedley Byrne* is inapplicable to any case where the relationship between the parties is governed by a contract, unless the negligence relied on can properly be considered as "an independent tort" unconnected with the performance of that contract, as expressed in *Elder, Dempster & Co. Ltd. v. Paterson, Zochonis & Co., Ltd.* [[1924] A.C. 522], at p. 548. This is specially important in the present case on account of the provisions of the contract with respect to the nature of the obligations assumed and the practical exclusion of responsibility for failure to perform them.

It appears to have been assumed by the majority, as had been held by the trial judge, that the clause in the contract limiting liability in the case of loss to $50 did not cover negligence and also that the clause respecting representations did not apply to representations made after the contract was entered into. Pigeon J. said that if D.E.P. were to be liable in tort, despite the limitation of liability in the contract, it would effect a fundamental alteration of the contract. He also said that the representations relied on as the basis of tortious liability were not acts independent of the contractual relationship between the parties because they would not have been made had the parties not been in a contractual relationship. Spence J. dissenting, with whom Laskin J. (as he then was) concurred, held that there had been negligent misrepresentation concerning the functioning of the burglar alarm system for which D.E.P. was liable in tort on the basis of *Hedley Byrne*. On the question whether there could be liability in tort where there was a contractual relationship, he said at pp. 810-11: "I cannot agree that the mere existence of an antecedent contract foreclosed tort liability under the *Hedley Byrne* principle."

de responsabilité délictuelle en raison de l'existence du contrat. Le juge Pigeon, à l'avis duquel ont souscrit les juges Martland et Judson, affirme aux pp. 777 et 778:

> Le critère de responsabilité délictuelle étudié dans l'affaire *Hedley Byrne* ne peut pas s'appliquer lorsque les relations entre les parties sont régies par un contrat, à moins qu'il soit possible de considérer que la négligence imputée constitue un délit civil indépendant n'ayant aucun rapport avec l'exécution du contrat, comme on l'a dit dans la cause *Elder, Dempster & Co. Ltd. v. Paterson, Zochonis & Co. Ltd.* [[1924] A.C. 522], p. 548. En l'espèce, c'est là un point particulièrement important, à cause des dispositions contractuelles relatives à la nature des obligations assumées et l'exclusion virtuelle de toute responsabilité en cas de défaut de les remplir.

La Cour à la majorité semble avoir tenu pour acquis, à l'instar du juge de première instance, que la clause du contrat qui limitait la responsabilité en cas de perte à la somme de 50 $ ne s'appliquait pas à la négligence et aussi que la clause relative aux déclarations ne visait pas celles faites après la signature du contrat. Le juge Pigeon a affirmé que si, malgré la limitation de responsabilité prévue dans le contrat, D.E.P. devait avoir une responsabilité délictuelle, cela apporterait une modification fondamentale au contrat. Il a ajouté que les déclarations sur lesquelles reposait l'allégation de responsabilité délictuelle ne constituaient pas des actes indépendants des liens contractuels entre les parties parce qu'elles n'auraient pas été faites si ces dernières n'avaient pas été liées par un contrat. Le juge Spence, dont l'opinion dissidente a été partagée par le juge Laskin, alors juge puîné, a conclu que des déclarations inexactes avaient été faites par négligence au sujet du fonctionnement du système d'alarme contre le cambriolage, déclarations qui, suivant l'arrêt *Hedley Byrne*, entraînaient la responsabilité délictuelle de D.E.P. Quant à la question de savoir s'il pouvait y avoir responsabilité délictuelle dans un cas où il existait des liens contractuels, voici ce qu'il affirme aux pp. 810 et 811: «Je ne puis admettre que la simple existence d'un contrat antérieur ait empêché toute responsabilité délictuelle en vertu du principe énoncé dans la cause *Hedley Byrne*.»

In *Elder Dempster*, on which Pigeon J. relied for the criterion of an independent tort unconnected with the performance of the contract, the issue was whether shipowners who were sued with charterers for damage to cargo could claim the benefit of an exclusion of liability in the bill of lading for bad stowage. The plaintiff cargo owners sought to hold the shipowners liable in tort for the master's negligence and contended that they could not claim the protection of the bill of lading because they were not parties to it. The House of Lords held that the shipowners were protected by the bill of lading, although opinion differed as to the basis on which it applied to them (cf. *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446). What the case decided in essence was that the contractual exclusion of liability for bad stowage in the bill of lading could not be circumvented by reliance on a liability in tort where the act or omission complained of was one connected with the performance of the contract. This appears from the speech of Viscount Finlay, cited by Pigeon J. in *Nunes Diamonds*, where, referring to the contention that the shipowners had a liability in tort that was unaffected by the exclusion of liability in the bill of lading, he said at p. 548:

> This contention seems to me to overlook the fact that the act complained of was done in the course of the stowage under the bill of lading, and that the bill of lading provided that the owners are not to be liable for bad stowage. If the act complained of had been an independent tort unconnected with the performance of the contract evidenced by the bill of lading, the case would have been different. But when the act is done in the course of rendering the very services provided for in the bill of lading, the limitation on liability therein contained must attach, whatever the form of the action and whether owner or charterer be sued. It would be absurd that the owner of the goods could get rid of the protective clauses of the bill of lading, in respect of all stowage, by suing the owner of the ship in tort.

Dans l'arrêt *Elder Dempster*, que le juge Pigeon a invoqué à l'appui du critère d'un délit civil indépendant sans rapport avec l'exécution du contrat, la question était de savoir si la propriétaire d'un navire, qui, avec l'affréteur, avait été poursuivie pour les dommages causés à une cargaison, pouvait bénéficier d'une exclusion de responsabilité pour arrimage défectueux stipulée par le connaissement. La demanderesse, propriétaire de la cargaison, a allégué la responsabilité délictuelle de la propriétaire du navire par suite de la négligence du capitaine et a fait valoir que la propriétaire du navire ne pouvait invoquer la protection du connaissement parce qu'elle n'y était pas partie. La Chambre des lords a conclu que la propriétaire du navire était protégée par le connaissement, bien que les avis aient été partagés quant aux raisons pour lesquelles il lui était applicable (cf. *Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.*, [1962] A.C. 446). L'arrêt établissait essentiellement que, lorsque l'acte ou l'omission reprochés étaient reliés à l'exécution du contrat, on ne pouvait, au moyen d'une allégation de responsabilité délictuelle, contourner l'exclusion contractuelle de responsabilité pour arrimage défectueux prévue par le connaissement. C'est ce qui ressort des motifs du vicomte Finlay, cités par le juge Pigeon dans l'arrêt *Nunes Diamonds*. Abordant l'argument selon lequel la propriétaire du navire assumait une responsabilité délictuelle que n'écartait pas l'exclusion de responsabilité stipulée par le connaissement, le vicomte Finlay affirme à la p. 548:

> [TRADUCTION] Cet argument me semble faire abstraction du fait que l'acte dont on se plaint a été accompli au cours de l'arrimage effectué en vertu du connaissement et que, selon ce connaissement, la propriétaire n'assume aucune responsabilité pour un arrimage défectueux. Si la faute dont on se plaint avait constitué un délit indépendant, sans lien avec l'exécution du contrat constaté par le connaissement, l'affaire aurait été différente. Mais, lorsque la faute intervient dans le cours des services mêmes qui sont rendus dans l'exécution du connaissement, la limitation de responsabilité qu'il contient doit jouer, quelle que soit la forme que prend l'action et que la poursuite soit engagée contre le propriétaire ou contre l'affréteur. Il serait absurde que le propriétaire des marchandises puisse contourner les clauses protectrices du connaissement relatives à tous les arrimages en poursuivant le propriétaire du navire en responsabilité délictuelle.

In *Smith v. McInnis*, however, Pigeon J. referred to the principle affirmed in *Nunes Diamonds* as one of general application to the question of concurrent liability. The issue turning on concurrent liability in that case was whether there could be apportionment of liability between the defendant solicitors and the third-party solicitors, who had been joined for contribution, for the damage caused by a failure to file proofs of loss and to institute an action in time under a fire insurance policy. The third-party solicitors had been retained by the defendant solicitors, with the approval of the client, to assist the defendant solicitors with preparation of the proofs of loss. The question was whether the third-party solicitors had a duty to advise the defendant solicitors of the time within which to file the proofs of loss and to institute an action. The majority in this Court (Laskin C.J. and Martland, Spence, Dickson and Estey JJ.) held that the third-party solicitors did not have such a duty and that it was therefore unnecessary for the Court to determine whether there could have been apportionment of liability, had they been liable, and for that purpose to consider, as Laskin C.J. put it, "whether a solicitor's liability to his client lies in tort or only in contract". Pigeon J., dissenting, with whom Beetz J. concurred, held that the third-party solicitors were in breach of a duty to advise the defendant solicitors of the time within which to file the proofs of loss. It was contended by counsel for the third-party solicitors that their liability, if any, was in contract and that there was therefore no basis in the applicable contribution legislation for an apportionment of liability. Pigeon J. held that on general principles of contract there could be apportionment of liability for breach of contract, but at the outset of his analysis of this question he expressed the following opinion concerning the nature of a solicitor's liability to a client for negligence in the performance of professional services at p. 1377:

Toutefois, dans l'arrêt *Smith c. McInnis*, le juge Pigeon a qualifié le principe énoncé dans l'arrêt *Nunes Diamonds* de règle générale applicable à la question de la responsabilité concurrente. Dans cette affaire, la question liée à la responsabilité concurrente était de savoir s'il pouvait y avoir partage de responsabilité entre les avocats défendeurs et les avocats mis en cause à des fins de contribution, pour le préjudice causé par l'omission de déposer les preuves du sinistre et d'intenter, dans le délai imparti, une action fondée sur une police d'assurance contre l'incendie. Les services des avocats mis en cause avaient été retenus par les avocats défendeurs, avec l'approbation de leur cliente, pour les aider à préparer les preuves du sinistre. La question était de savoir si les avocats mis en cause avaient l'obligation d'informer les avocats défendeurs du délai imparti pour déposer les preuves du sinistre et pour intenter une action. La Cour à la majorité (le juge en chef Laskin et les juges Martland, Spence, Dickson et Estey) a conclu que les avocats mis en cause n'avaient aucune obligation du genre et que, par conséquent, il ne lui était pas nécessaire de déterminer s'il y aurait pu y avoir partage de la responsabilité dans l'hypothèse où ils auraient été responsables, ni d'examiner à cette fin, comme l'a dit le juge en chef Laskin, «si la responsabilité du procureur envers son client est délictuelle ou uniquement contractuelle». Selon le juge Pigeon, dissident, à l'avis duquel le juge Beetz a souscrit, les avocats mis en cause avaient manqué à l'obligation d'informer les avocats défendeurs du délai imparti pour déposer les preuves du sinistre. Le procureur des avocats mis en cause a soutenu que leur responsabilité, s'il y a lieu, était de nature contractuelle et que, par conséquent, rien dans la loi applicable en matière de contribution ne justifiait un partage de responsabilité. Le juge Pigeon a conclu que, selon les principes généraux régissant les contrats, il pouvait y avoir partage de responsabilité en cas de rupture de contrat, mais, il a commencé son étude de cette question en exprimant l'avis suivant concernant la nature de la responsabilité qu'a un avocat envers son client pour avoir fait preuve de négligence dans la prestation de ses services professionnels, à la p. 1377:

I have to agree that the liability of a solicitor to his client for negligence in his duty to give advice, or otherwise, is in contract only, not in tort. I adhere to the view I have previously expressed in other cases, that a breach of duty may constitute a tort only if it is a breach of a duty owed independently of any contract with the claimant, "an independent tort" as I said in *Nunes Diamonds v. Dominion Electric Protection* [[1972] S.C.R. 769], at p. 777. In the case of a solicitor retained to give advice, his duty to advise properly arises only under contract and I do not see how liability can arise otherwise than on a contractual basis as was held in the case of a consulting engineer in *Halvorson v. McLellan Co.* [[1973] S.C.R. 65], at p. 74. Breach of contract appears to be the basis on which a solicitor was found liable by the House of Lords in *Nocton v. Ashburton* [[1914] A.C. 932], and by the English Court of Appeal in *Groom v. Crocker* [[1939] 1 K.B 194].

I turn to the authority invoked by Pigeon J. in support of this opinion.

In *Halvorson* the issue was the liability of consulting engineers for damage caused by their negligence in making design modifications to a winch to be used for hauling cables up a mountainside for the erection of an aerial tramway. After indicating the basis of the contractual relationship between the plaintiff contractor and the defendant engineers, Pigeon J., delivering the judgment of the Court, said at p. 74: "This means also that Halvorson's only possible claim is against McLellan & Co. for negligent performance of its contract for erection services, not in tort as was contended." The proper characterization of the cause of action appears to have been simply a question of pleading and argument, on which no practical consequence turned.

Nocton v. Lord Ashburton is a case that has been cited in support of concurrent liability. It is admittedly difficult to discern the precise basis on which some of the members of the House of Lords held the solicitor to be liable (cf. Lord Devlin in *Hedley Byrne*, at p. 520), but in my respectful opinion the case does not support the proposition

Je conviens que la responsabilité d'un avocat envers son client, pour avoir omis de lui donner un conseil, ou autrement, est purement contractuelle et non délictuelle. Je maintiens l'opinion que j'ai déjà exprimée dans d'autres affaires, savoir, que le manquement à une obligation peut constituer un délit civil uniquement si ce manquement est indépendant de tout contrat conclu avec le demandeur, «un délit civil indépendant», comme je l'ai dit dans *Nunes Diamonds c. Dominion Electric Protection* [[1972] R.C.S. 769], à la p. 777. Dans le cas d'un avocat dont les services ont été retenus pour donner des conseils, son obligation vient uniquement du contrat et je ne vois pas comment sa responsabilité peut avoir un fondement autre que contractuel, comme il a été décidé dans le cas d'un ingénieur consultant, dans *Halvorson c. McLellan Co.* [[1973] R.C.S. 65], à la p. 74. La violation du contrat semble être le principe en vertu duquel un procureur a été tenu responsable par la Chambre des lords dans *Nocton v. Ashburton* [[1914] A.C. 932], et par la Cour d'appel d'Angleterre dans *Groom v. Crocker* [[1939] 1 K.B. 194].

Cela m'amène à la jurisprudence invoquée par le juge Pigeon à l'appui de ce point de vue.

Dans l'arrêt *Halvorson*, il était question de la responsabilité d'ingénieurs-conseils pour les dommages résultant de la négligence dont ils avaient fait preuve en apportant des modifications à un treuil qui devait servir à tirer des câbles en haut d'une montagne en vue de la construction d'un téléphérique. Après avoir indiqué le fondement des liens contractuels entre l'entrepreneuse demanderesse et les ingénieurs défendeurs, le juge Pigeon, qui a rédigé les motifs de la Cour, affirme à la p. 74: «Cela signifie aussi que la seule réclamation possible de Halvorson est contre McLellan & Co., pour négligence dans l'exécution de son contrat pour services de montage, et non pour délit, comme on l'a prétendu.» La caractérisation appropriée de la cause d'action paraît avoir été simplement une question de plaidoiries et d'argumentation, qui ne comportait aucune conséquence pratique.

L'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton* a été cité à l'appui de la responsabilité concurrente. Certes, il est difficile d'en dégager la raison précise qui a pu amener certains membres de la Chambre des lords à conclure à la responsabilité de l'avocat (cf. lord Devlin dans l'arrêt *Hedley Byrne*, à la p. 520), mais j'estime en toute déférence que l'arrêt n'ap-

that the liability of a solicitor to a client for negligence is in contract only. On the contrary, some of its dicta and the general implications of its reasoning and conclusions support the view that a solicitor may have a liability to a client apart from contract for negligence in the performance of professional services. In that case the client sued the solicitor for advising him to release part of the security of a mortgage to the advantage of a mortgage in which the solicitor was interested, and with the result, contrary to the assurances that had been given by the solicitor, that the remaining security proved insufficient. The issue was whether the allegations of the statement of claim supported liability on a basis other than an action of deceit, requiring proof of actual fraud. A majority in the House of Lords (Viscount Haldane L.C., Lord Atkinson and Lord Dunedin) held the solicitor to be liable in equity for breach of a fiduciary duty, clearly a liability distinct from that at law for breach of contract. In the course of reviewing the various bases on which a solicitor may be liable to a client, Viscount Haldane said at p. 956: "My Lords, the solicitor contracts with his client to be skilful and careful. For failure to perform his obligation he may be made liable at law in contract, or even in tort, for negligence in breach of a duty imposed on him. In the early history of the action of assumpsit this liability was indeed treated as one for tort." Lord Dunedin did indicate (p. 965) that while he agreed with Viscount Haldane that there was liability for breach of fiduciary duty his own preference would have been for liability for breach of contract, which he referred to as an "action for negligence" (p. 964). Viscount Haldane, with whom Lord Atkinson concurred, also indicated (p. 958) in his conclusion that there was an alternative liability at law for breach of contract. Lord Parmoor held that there was liability based on negligence, and from the language used by him — "liable in negligence for breach of duty in his position as solicitor to the plaintiff" (p. 973) and "a charge of negligence for breach of duty of the appellant in his employment as a solicitor" (p. 977) — it would appear that he was thinking of a breach of the solicitor's contractual duty of care. Lord Shaw held that there was liability for breach of duty created by a relationship "equivalent to

puie nullement la proposition selon laquelle la responsabilité qu'a un avocat envers son client pour avoir fait preuve de négligence est purement contractuelle. Au contraire, certaines des opinions incidentes exprimées dans cet arrêt ainsi que les répercussions générales de son raisonnement et de ses conclusions étayent le point de vue voulant qu'un avocat puisse, indépendamment de l'existence d'un contrat, être responsable envers son client pour avoir fait preuve de négligence dans la prestation de ses services professionnels. Dans cette affaire, le client a poursuivi l'avocat pour l'avoir conseillé d'affecter une partie de la sûreté d'une hypothèque à une autre hypothèque dans laquelle l'avocat avait un intérêt, par suite de quoi, contrairement à l'assurance donnée par l'avocat, la sûreté restante s'est révélée insuffisante. La question en litige était de savoir si les allégations contenues dans la déclaration justifiaient une responsabilité fondée sur autre chose que la supercherie, qui nécessitait qu'on prouve qu'il y a vraiment eu dol. La Chambre des lords à la majorité (le vicomte Haldane, lord chancelier, ainsi que lord Atkinson et lord Dunedin) a jugé l'avocat responsable en *equity* pour avoir manqué à une obligation de fiduciaire, responsabilité manifestement distincte de celle qui existe en *common law* pour rupture de contrat. Dans son examen des différents fondements possibles de la responsabilité d'un avocat envers son client, le vicomte Haldane affirme, à la p. 956: [TRADUCTION] «Vos Seigneuries, l'avocat s'engage à faire preuve de compétence et de diligence en agissant pour son client. S'il manque à son obligation, cela peut entraîner en *common law* une responsabilité contractuelle de sa part ou même une responsabilité délictuelle pour avoir fait preuve de négligence en ne s'acquittant pas d'une obligation qui lui incombait. En fait, dans les premiers temps de l'action en *assumpsit*, cette responsabilité était vraiment considérée comme délictuelle.» Lord Dunedin a indiqué pour sa part (à la p. 965) que, même s'il s'accordait avec le vicomte Haldane pour dire qu'il y avait une responsabilité pour manquement à une obligation de fiduciaire, il aurait préféré que la responsabilité soit fondée sur la rupture de contrat et, à ce propos, il a parlé d'une [TRADUCTION] «action pour cause de négligence» (p. 964). Le

contract" (pp. 971-72) — that is, a relationship in which there was an assumption of responsibility and a reliance on it. Despite the use of the words "equivalent to contract", or perhaps because of them, I take it that Lord Shaw was speaking of a liability in tort. At least that appears to have been the view taken of his judgment by Lord Devlin in *Hedley Byrne*, where Lord Devlin adopted the principle of liability affirmed by Lord Shaw in *Nocton* as the basis for his own statement of the principle of tortious liability for negligent misrepresentation in *Hedley Byrne*.

In contrast, the judgment of the Court of Appeal in *Groom v. Crocker* was for some forty years clearly authority for the proposition that the liability of a solicitor to a client for negligence in the performance of the services for which he had been retained was in contract only, but at the time *Smith v. McInnis* was decided its authority had been severely impaired, if not repudiated, by the judgment of the Court of Appeal in *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801. *Groom v. Crocker* was a case in which solicitors retained by an insurer to act for the insured were sued by the latter for the damage caused to him by an admission of liability. In holding that the liability of a solicitor to a client was in contract only, the Court of Appeal said that the solicitor's duty of care had no existence apart from the contractu-

vicomte Haldane, à l'avis duquel a souscrit lord Atkinson, a aussi indiqué en terminant (à la p. 958) qu'il existait en *common law* une responsabilité alternative pour rupture de contrat. Lord Parmoor a conclu à l'existence d'une responsabilité fondée sur la négligence et, à en juger par les termes qu'il a employés — [TRADUCTION] «responsabilité fondée sur la négligence pour manquement à ses obligations en tant qu'avocat du demandeur» (à la p. 973) et [TRADUCTION] «une accusation de négligence pour manquement aux obligations qui incombent à l'appelant à titre d'avocat» (à la p. 977) — il paraît avoir eu à l'esprit un manquement à l'obligation contractuelle de diligence qui incombe à l'avocat. Lord Shaw a conclu qu'il y avait responsabilité pour manquement à une obligation, laquelle responsabilité découlait de liens [TRADUCTION] «équivalant à des liens contractuels» (aux pp. 971 et 972) — c'est-à-dire des liens dans lesquels on présumait la responsabilité et on s'y fiait. En dépit, ou peut-être à cause, de l'emploi de l'expression «équivalant à des liens contractuels», je présume que lord Shaw parlait d'une responsabilité délictuelle. Du moins, telle semble avoir été la perception que lord Devlin a eu de ces motifs dans l'arrêt *Hedley Byrne*, où celui-ci a adopté le principe de la responsabilité posé par lord Shaw dans l'arrêt *Nocton* comme fondement de son propre énoncé du principe de la responsabilité délictuelle pour déclarations inexactes faites par négligence.

Par contre, l'arrêt *Groom v. Crocker* de la Cour d'appel a, pendant une quarantaine d'années, appuyé clairement la proposition selon laquelle la responsabilité qu'a un avocat envers son client pour avoir fait preuve de négligence dans la prestation de ses services est purement contractuelle. Toutefois, à l'époque où l'arrêt *Smith c. McInnis* a été rendu, l'arrêt *Esso Petroleum Co. v. Mardon*, [1976] Q.B. 801, également de la Cour d'appel, était venu affaiblir, voire anéantir, l'autorité de l'arrêt *Groom v. Crocker*. Dans cette dernière affaire, des avocats dont les services avaient été retenus par un assureur pour représenter l'assuré ont été poursuivis par ce dernier pour le préjudice que lui a causé un aveu de responsabilité. En concluant que la responsabilité d'un avocat envers son client n'est que contractuelle, la Cour d'appel a

al relationship. *Groom v. Crocker* has been criticized both for the authority it relied on and for the authority it apparently did not consider. The earlier cases on which it relied have been the subject of critical analysis in several learned judgments and scholarly articles. See, for example, *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, [1979] Ch. 384, at pp. 406-08; *Aluminum Products (Qld.) Pty. Ltd. v. Hill*, [1981] Qd.R. 33, at pp. 41-42; *Macpherson & Kelley v. Kevin J. Prunty & Associates*, [1983] 1 V.R. 573, at pp. 575-77; Dwyer, "Solicitor's Negligence — Tort or Contract?" (1982), 56 *A.L.J.* 524, at p. 531; and French, "The Contract/Tort Dilemma" (1983), 5 *Otago L.R.* 236, at pp. 262-63, 294 and 296. I do not think it would serve a useful purpose to attempt to go over that ground in detail here. I content myself with expressing my respectful agreement with the view that *Howell v. Young* (1826), 5 B. & C. 259, 108 E.R. 97, and the other cases referred to in *Bean v. Wade* (1885), 2 T.L.R. 157, were not clear authority for the statement in that case, on which *Groom v. Crocker* relied, that "the right of action in cases of this kind was treated as arising from a breach of contract, and not from negligence apart from contract or from any breach of trust", although *Howell v. Young* (and *Smith v. Fox* (1848), 6 Hare 386, 67 E.R. 1216, which applied it) clearly provided authority for the conclusion in *Bean v. Wade* that the statute of limitations began to run from the date of the breach of duty rather than from its discovery. It has been argued that the necessary inference from that conclusion in *Howell v. Young*, despite dicta in it which appear to recognize the possibility of concurrent liability, is that the court must have been of the view that the liability was in contract only because of the traditional and well-established distinction between what constitutes a cause of action in contract and a cause of action in tort. I prefer the interpretation of *Howell v. Young*, admittedly only one of several (see French, op. cit., p. 263), that the court had in mind the usual case where the breach of duty and the damage occur at the same time. In sum, I share the view that the earlier cases relied on in *Groom v. Crocker* provided a doubtful and somewhat frail basis of

affirmé que l'obligation de diligence d'un avocat n'existe pas indépendamment des liens contractuels. L'arrêt *Groom v. Crocker* a été critiqué aussi bien à cause de la jurisprudence sur laquelle il est fondé qu'en raison de celle dont il n'a apparemment pas tenu compte. Les plus anciens des arrêts invoqués ont fait l'objet d'une analyse critique dans plusieurs jugements savants et articles érudits. Voir, par exemple, *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, [1979] Ch. 384, aux pp. 406 à 408; *Aluminum Products (Qld.) Pty. Ltd. v. Hill*, [1981] Qd.R. 33, aux pp. 41 et 42; *Macpherson & Kelley v. Kevin J. Prunty & Associates*, [1983] 1 V.R. 573, aux pp. 575 à 577; Dwyer, «Solicitor's Negligence — Tort or Contract?» (1982), 56 *A.L.J.* 524, à la p. 531; et French, «The Contract/Tort Dilemma» (1983), 5 *Otago L.R.* 236, aux pp. 262, 263, 294 et 296. À mon avis, il ne servirait à rien d'entreprendre ici une étude approfondie de cette question. Je me contente d'exprimer mon accord avec le point de vue selon lequel ni la décision *Howell v. Young* (1826), 5 B. & C. 259, 108 E.R. 97, ni les autres décisions mentionnées dans la décision *Bean v. Wade* (1885), 2 T.L.R. 157, n'appuient clairement la déclaration, faite dans cette dernière décision et invoquée dans l'arrêt *Groom v. Crocker*, portant que [TRADUCTION] «le droit d'action dans des affaires de ce genre était considéré comme découlant d'une rupture de contrat et non pas d'une négligence indépendante du contrat ou d'un manquement aux obligations de fiduciaire», quoique la décision *Howell v. Young* (et la décision *Smith v. Fox* (1848), 6 Hare 386, 67 E.R. 1216, qui l'a appliquée) ait clairement justifié la conclusion tirée dans la décision *Bean v. Wade*, savoir que le délai de prescription courait à partir de la date du manquement à l'obligation plutôt qu'à partir du moment de la découverte de ce manquement. D'aucuns ont prétendu qu'il découle nécessairement de cette conclusion dans la décision *Howell v. Young*, malgré la présence dans celle-ci d'opinions incidentes qui paraissent reconnaître la possibilité d'une responsabilité concurrente, que la cour a dû estimer qu'il s'agissait d'une responsabilité purement contractuelle en raison de la distinction traditionnelle bien établie entre ce qui

authority for the conclusion it reached on the question of concurrent liability.

Groom v. Crocker also relied on *Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399, one of the special category of cases involving the distinction between contract and tort for certain purposes under the successive *County Courts Acts*. Other cases in this category are *Kelly v. Metropolitan Railway Co.*, [1895] 1 Q.B. 944; *Turner v. Stallibrass*, [1898] 1 Q.B. 56; *Sachs v. Henderson*, [1902] 1 K.B. 612; *Steljes v. Ingram* (1903), 19 T.L.R. 534; *Edwards v. Mallan*, [1908] 1 K.B. 1002; and *Jackson v. Mayfair Window Cleaning Co.*, [1952] 1 All E.R. 215. The issue which had to be decided in those cases for such purposes as the applicable scale of costs and the transfer of a case from the High Court to a county court, was whether the action was an action founded on contract or an action founded on tort within the meaning of the Act. The courts had to characterize the action, for purposes of the Act, as one or the other; they could not treat it as an action in both contract and tort. The criterion that was adopted for this purpose was the "substance of the matter" (*Steljes v. Ingram*, pp. 535-36), that is, whether the action was in substance one founded on contract or one founded on tort, which was determined by asking whether or not the plaintiff had to rely on the terms of the contract for his action. This question was answered by distinguishing between a cause of action based on the breach of a special obligation or duty created by the terms of an express contract (referred to as a "special contract") and a cause of action based on the breach of a duty arising both as an implied term of the contract and at common law from the relationship (*Edwards v. Mallan*, p. 1005). The former

constitue une cause d'action contractuelle et une cause d'action délictuelle. Je préfère l'interprétation de la décision *Howell v. Young*, certes l'une parmi tant d'autres (voir French, op. cit., à la p. 263), selon laquelle la cour avait à l'esprit la situation ordinaire dans laquelle le manquement à l'obligation et le dommage se produisent en même temps. Somme toute, je partage l'avis que la jurisprudence ancienne sur laquelle on s'est appuyé dans l'arrêt *Groom v. Crocker* constitue un fondement douteux et plutôt chancelant pour la conclusion qu'on y a tiré sur la question de la responsabilité concurrente.

L'arrêt *Groom v. Crocker* repose en outre sur la décision *Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, [1936] 1 K.B. 399, qui fait partie d'une catégorie spéciale de décisions traitant de la distinction entre les domaines contractuel et délictuel établie à certaines fins dans les versions successives de la *County Courts Act*. Font également partie de cette catégorie les décisions suivantes: *Kelly v. Metropolitan Railway Co.*, [1895] 1 Q.B. 944; *Turner v. Stallibrass*, [1898] 1 Q.B. 56; *Sachs v. Henderson*, [1902] 1 K.B. 612; *Steljes v. Ingram* (1903), 19 T.L.R. 534; *Edwards v. Mallan*, [1908] 1 K.B. 1002; et *Jackson v. Mayfair Window Cleaning Co.*, [1952] 1 All E.R. 215. La question à trancher dans ces affaires, afin notamment de déterminer l'échelle des dépens applicable et l'opportunité de déférer à une cour de comté une cause soumise à la Haute Cour, était de savoir s'il s'agissait d'une action fondée sur un contrat ou d'une action fondée sur un délit civil au sens de la Loi. Aux fins de la Loi, les tribunaux étaient tenus de situer l'action dans l'une ou l'autre catégorie; ils ne pouvaient pas la traiter comme une action à la fois contractuelle et délictuelle. Or, le critère qu'on avait retenu à cette fin était celui de [TRADUCTION] «l'essence de l'affaire» (*Steljes v. Ingram*, aux pp. 535 et 536), c'est-à-dire qu'on devait déterminer si l'action était essentiellement fondée sur un contrat ou sur un délit civil, ce qu'on faisait en se demandant si le demandeur avait dû fonder son action sur les conditions du contrat. On répondait à cette question en faisant la distinction entre une cause d'action fondée sur le manquement à une obligation spéciale imposée expressément par un contrat (dit «contrat spécial») et une cause

was an action founded on contract for purposes of the Act; the latter was an action founded on tort. This is the sense in which Greer L.J. in *Jarvis* is understood to have referred to a duty arising independently of contract (see, for example, *Midland Bank Trust*, at p. 410; and *Finlay v. Murtagh*, [1979] I.R. 249, at pp. 255-56) in the following statement at p. 405:

> The distinction in the modern view, for this purpose, between contract and tort may be put thus: where the breach of duty alleged arises out of a liability independently of the personal obligation undertaken by contract, it is tort, and it may be tort even though there may happen to be a contract between the parties, if the duty in fact arises independently of that contract.

It has been suggested that this particular category of cases, because of its very special context and character, is not relevant to the general question of concurrent liability. See *Macpherson & Kelley*, at p. 577. It is true that in those cases the courts could not make a finding of concurrent liability for the purposes of the *County Courts Acts*, but in concluding that an action may be an action founded on tort, despite the existence of a contract, they lend support to the recognition of concurrent liability in other contexts. Such was the case of *Edwards v. Mallan*, in which the Court of Appeal held that an action against a dentist, who was alleged to have been "employed for reward", for the negligent extraction of a tooth was an action of tort within the meaning of s. 66 of the *County Courts Act, 1888*, providing for the transfer of an action of tort from the High Court to a county court where the plaintiff had no visible means, if unsuccessful, of paying the defendant's costs. Those who favour concurrent liability in the case of persons professing skill in a calling have attached particular importance to this case. See, for example, *Dominion Chain Co. v. Eastern*

d'action fondée sur le manquement à une obligation résultant à la fois d'une condition implicite du contrat et des liens qui existent en *common law* (*Edwards v. Mallan*, à la p. 1005). Dans le premier cas, il s'agissait aux fins de la Loi d'une action fondée sur le contrat et, dans le second, d'une action fondée sur un délit civil. On suppose que c'est là ce qu'entendait le lord juge Greer quand il parlait, dans l'extrait ci-après de la p. 405 de la décision *Jarvis*, d'une obligation qui prenait naissance indépendamment d'un contrat (voir, par exemple, la décision *Midland Bank Trust*, à la p. 410, et la décision *Finlay v. Murtagh*, [1979] I.R. 249, aux pp. 255 et 256):

> [TRADUCTION] Selon le point de vue moderne, la distinction qu'on fait à cette fin entre un contrat et un délit civil est la suivante: lorsque le manquement à une prétendue obligation découle d'une responsabilité indépendamment de l'obligation personnelle assumée par contrat, ce manquement constitue un délit civil, et il peut en être ainsi quand même il y aurait un contrat entre les parties, si en fait l'obligation naît indépendamment de ce contrat.

On a laissé entendre qu'en raison de son contexte et de son caractère très spéciaux, cette catégorie particulière de jurisprudence ne s'applique pas à la question générale de la responsabilité concurrente. Voir la décision *Macpherson & Kelley*, à la p. 577. Il est vrai que, dans ces affaires, les tribunaux ne pouvaient conclure à la responsabilité concurrente aux fins des différentes versions de la *County Courts Act*, mais en décidant qu'une action pouvait avoir un fondement délictuel malgré l'existence d'un contrat, ces décisions appuient la reconnaissance d'une responsabilité concurrente dans d'autres contextes. Ce fut le cas de l'arrêt *Edwards v. Mallan*, dans lequel la Cour d'appel a jugé qu'une action intentée contre un dentiste, qu'on disait avoir été [TRADUCTION] «engagé moyennant rémunération», pour avoir fait preuve de négligence dans l'extraction d'une dent constituait une action délictuelle au sens de l'art. 66 de la *County Courts Act, 1888*, qui prévoyait qu'une action délictuelle introduite devant la Haute Cour devait être déférée à une cour de comté lorsque le demandeur n'aurait manifestement pas les moyens, au cas où il n'obtiendrait pas gain de cause, de payer

Construction Co. (1976), 68 D.L.R. (3d) 385, at pp. 391 and 393; and *Midland Bank Trust*, at p. 410.

One explanation that has been suggested for the denial of a concurrent or alternative liability in tort in the solicitor and client relationship prior to *Hedley Byrne* is that before that case there could not be liability in tort for purely economic or financial loss caused by negligence, which was the damage normally caused by the negligence of a solicitor. In *Clark v. Kirby-Smith*, [1964] 1 Ch. 506, however, Plowman J. rejected the contention that a solicitor had a concurrent liability in tort on the basis of *Hedley Byrne*, saying at p. 510, "A line of cases going back for nearly 150 years shows, I think, that the client's cause of action is in contract and not in tort: see, for example, *Howell* v. *Young* and *Groom* v. *Crocker* . . . ."

Greer L.J. in *Jarvis* and Plowman J. in *Clark* were quoted with approval by Diplock L.J. in his influential judgment in *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197, where, in holding that an architect could not be concurrently liable to a client in tort, he said at p. 204:

It seems to me that, in this case, the relationship which created the duty of exercising reasonable skill and care by the architects to their clients arose out of the contract and not otherwise. The complaint that is made against them is of a failure to do the very thing which they contracted to do. That was the relationship which gave rise to the duty which was broken. It was a contractual relationship, a contractual duty, and any action brought for failure to comply with that duty is, in my view, an action founded on contract.

les dépens du défendeur. Les tenants de la responsabilité concurrente dans le cas de personnes qui se prétendent compétentes dans une profession ont attaché une importance particulière à cet arrêt. Voir, par exemple, l'arrêt *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.* (1976), 68 D.L.R. (3d) 385, aux pp. 391 et 393, et la décision *Midland Bank Trust*, à la p. 410.

Une explication avancée pour le fait qu'avant l'arrêt *Hedley Byrne* on rejetait la notion d'une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative dans la relation avocat-client est qu'antérieurement à cet arrêt un préjudice purement financier occasionné par la négligence ne pouvait entraîner une responsabilité délictuelle, et c'était normalement ce type de préjudice qui résultait de la négligence d'un avocat. Toutefois, dans la décision *Clark v. Kirby-Smith*, [1964] 1 Ch. 506, le juge Plowman a repoussé l'argument selon lequel l'avocat avait une responsabilité délictuelle concurrente en vertu de l'arrêt *Hedley Byrne*. À la page 510, le juge Plowman affirme: [TRADUCTION] «Un courant de jurisprudence qui remonte jusqu'à tout près de 150 ans démontre, à mon sens, que la cause d'action du client a un fondement contractuel et non pas délictuel: voir, par exemple, les décisions *Howell* v. *Young* et *Groom* v. *Crocker*. . .»

Les propos du lord juge Greer dans la décision *Jarvis* et ceux du juge Plowman dans la décision *Clark* ont été cités et approuvés par le lord juge Diplock dans son jugement qui a fait époque *Bagot v. Stevens Scanlan & Co.*, [1966] 1 Q.B. 197, où en concluant qu'un architecte ne pouvait pas avoir une responsabilité délictuelle concurrente envers son client, il dit, à la p. 204:

[TRADUCTION] Il me semble qu'en l'espèce la relation qui a engendré l'obligation qu'ont les architectes envers leurs clients de faire preuve de compétence et de diligence raisonnables résultait du contrat et de rien d'autre. On leur reproche de ne pas avoir fait la chose même qu'ils se sont engagés à faire. Voilà la relation dont procédait l'obligation à laquelle on a manqué. Il s'agissait d'une relation contractuelle, d'une obligation contractuelle, et toute action intentée par suite de l'omission de s'acquitter de cette obligation est, à mon avis, une action fondée sur un contrat.

That statement has been much relied on by those who have concluded that there cannot be concurrent liability in tort for an act or omission that constitutes a breach of contract. See, for example, *McLaren Maycroft & Co. v. Fletcher Development Co.*, [1973] 2 N.Z.L.R. 100; and the dissenting judgment of Wilson J.A., as she then was, in *Dominion Chain*.

The authority of *Groom v. Crocker* concerning the nature of a solicitor's liability to a client for negligence was reaffirmed by the Court of Appeal in *Cook v. Swinfen*, [1967] 1 W.L.R. 457, and in *Heywood v. Wellers*, [1976] Q.B. 446, although with some reservation by Lord Denning in the latter case foreshadowing his judgment in *Esso Petroleum Co. v. Mardon*. That case was a critical turning point in Anglo-Canadian jurisprudence on the question of the concurrent liability of persons professing skill on which another may reasonably rely. It involved the liability of the petroleum company for a negligent statement concerning the potential throughput of a service station made in pre-contract negotiations by experienced employees of the company holding themselves out as experts. The plaintiff Mardon was induced by the statement, despite his own misgivings, to enter into a tenancy of the service station with eventual loss when the throughput fell far short of that predicted. In an action by the company for possession, money due and mesnes profits Mardon counter-claimed for damages for breach of warranty and negligent misrepresentation. The trial judge found that there had not been a warranty but upheld the counterclaim for negligent misrepresentation on the basis of *Hedley Byrne*. The Court of Appeal held that there was liability on the basis of breach of warranty or negligent misrepresentation, a recognition of concurrent or alternative liability in contract and in tort. It was contended by counsel for the petroleum company, citing *Clark v. Kirby-Smith*, that "when the negotiations between two parties resulted in a contract between them, their rights and duties were governed by the law of contract and not by the law of tort". In rejecting this contention, Lord Denning M.R. held that *Groom v. Crocker* and the cases which followed it, such as *Clark v. Kirby-Smith* and *Bagot*,

Cette déclaration a été largement invoquée par ceux qui ont conclu qu'il ne peut y avoir de responsabilité délictuelle concurrente pour un acte ou une omission constituant une rupture de contrat. Voir, par exemple, *McLaren Maycroft & Co. v. Fletcher Development Co.*, [1973] 2 N.Z.L.R. 100, et les motifs de dissidence du juge Wilson, maintenant juge à la Cour suprême du Canada, dans l'affaire *Dominion Chain*.

L'applicabilité de l'arrêt *Groom v. Crocker* quant à la question de la nature de la responsabilité pour cause de négligence qu'a un avocat envers son client a été confirmée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Cook v. Swinfen*, [1967] 1 W.L.R. 457, et dans l'arrêt *Heywood v. Wellers*, [1976] 1 Q.B. 446, quoique lord Denning ait exprimé dans ce dernier arrêt certaines réserves qui laissaient présager son jugement dans *Esso Petroleum Co. v. Mardon*. Cet arrêt marque un tournant décisif dans la jurisprudence anglo-canadienne portant sur la question de la responsabilité concurrente de personnes qui prétendent posséder des compétences sur lesquelles une autre personne peut raisonnablement se fier. Il y était question de la responsabilité d'une société pétrolière pour une déclaration inexacte que des employés expérimentés de la société, qui se faisaient passer pour des experts, ont fait par négligence au sujet du chiffre d'affaires possible d'une station-service, au cours de négociations préalables à la passation d'un contrat. Cette déclaration a amené le demandeur Mardon, malgré ses propres doutes, à conclure un contrat de location de la station-service; il a fini par subir des pertes lorsque les ventes se sont révélées bien en deçà de ce qu'on avait prévu. Dans une action en possession et en paiement des sommes dues et des profits retirés entre temps intentée par la société, Mardon a, dans une demande reconventionnelle, réclamé des dommages-intérêts pour inobservation de garantie et pour déclaration inexacte faite par négligence. Le juge de première instance a conclu à l'inexistence d'une garantie mais, se fondant sur l'arrêt *Hedley Byrne*, il a fait droit à la demande reconventionnelle pour déclaration inexacte faite par négligence. La Cour d'appel a jugé qu'il y avait une responsabilité fondée soit sur l'inobservation de la garantie, soit sur la déclaration inexacte faite par négligence,

had been wrongly decided because they were in conflict with other decisions of "high authority", which did not appear to have been considered by them and which showed that "in the case of a professional man, the duty to use reasonable care arises not only in contract, but is also imposed by the law apart from contract, and is therefore actionable in tort". The authority which Lord Denning cited for this proposition consisted of the statement by Tindal C.J. in *Boorman v. Brown* (1842), 3 Q.B. 511, at pp. 525-26 concerning the long-established recognition of concurrent liability with respect to the "common callings" and other "status relationships", including various skilled occupations; the statement of Lord Campbell in the House of Lords in the same case (*Brown v. Boorman* (1844), 11 Cl. & F. 1, at p. 44), suggesting an even broader scope to the well-established principle of concurrent liability to include any contractual relationship of employment; and the dictum of Viscount Haldane L.C. in *Nocton v. Lord Ashburton* concerning the concurrent liability of the solicitor to a client, which I quoted earlier in the discussion of that case. Lord Denning said that the concurrent liability of the professional person was comparable to that between master and servant, citing *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555, *per* Lord Radcliffe at p. 587 and *Matthews v. Kuwait Bechtel Corp.*, [1959] 2 Q.B. 57, at pp. 65-66. The statement by Tindal C.J. in *Boorman v. Brown* is as follows:

reconnaissant ainsi l'existence d'une responsabilité concurrente ou alternative fondée à la fois sur un contrat et sur un délit civil. L'avocat de la société pétrolière a fait valoir, en citant la décision *Clark v. Kirby-Smith*, que [TRADUCTION] «lorsque les négociations entre deux parties aboutissent à un contrat entre elles, c'est le droit des contrats et non pas le droit de la responsabilité délictuelle qui régit leurs droits et leurs obligations». En rejetant cet argument, le maître des rôles lord Denning a conclu que l'arrêt *Groom v. Crocker* et les décisions qui l'ont suivi, telles que *Clark v. Kirby-Smith* et *Bagot*, étaient erronés parce qu'ils étaient incompatibles avec d'autres décisions [TRADUCTION] «émanant d'instances supérieures», dont ils ne semblaient pas avoir tenu compte et qui démontraient que [TRADUCTION] «dans le cas d'une personne qui exerce une profession libérale, l'obligation de faire preuve de diligence raisonnable ne découle pas uniquement du contrat, mais elle a aussi un fondement juridique indépendant du contrat et, en conséquence, peut faire l'objet d'une action délictuelle». Lord Denning a invoqué à l'appui de cette proposition la déclaration du juge en chef Tindal dans la décision *Boorman v. Brown* (1842), 3 Q.B. 511, aux pp. 525 et 526, concernant la reconnaissance de longue date de la responsabilité concurrente dans le cas des [TRADUCTION] «professions publiques» et des autres [TRADUCTION] «relations créatrices de statut», y compris différents métiers spécialisés; la déclaration de lord Campbell de la Chambre des lords dans la même affaire (*Brown v. Boorman* (1844), 11 Cl. & F. 1, à la p. 44), proposant pour le principe bien établi de la responsabilité concurrente une portée encore plus large qui engloberait toutes les relations découlant d'un contrat de travail; et l'opinion incidente exprimée par le vicomte Haldane, lord chancelier, dans l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton* au sujet de la responsabilité concurrente d'un avocat envers son client, opinion que j'ai déjà citée dans mon analyse de cet arrêt. Citant l'arrêt *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, [1957] A.C. 555, lord Radcliffe, à la p. 587, et l'arrêt *Matthews v. Kuwait Bechtel Corp.*, [1959] 2 Q.B. 57, aux pp. 65 et 66, lord Denning a affirmé que la responsabilité concurrente d'une personne qui excerce une profession libérale est comparable à

That there is a large class of cases in which the foundation of the action springs out of privity of contract between the parties, but in which, nevertheless, the remedy for the breach, or non-performance, is indifferently either assumpsit or case upon tort, is not disputed. Such are actions against attorneys, surgeons, and other professional men, for want of competent skill or proper care in the service they undertake to render: actions against common carriers, against ship owners on bills of lading, against bailees of different descriptions: and numerous other instances occur in which the action is brought in tort or contract at the election of the plaintiff.

The statement by Lord Campbell is as follows:

But wherever there is a contract, and something to be done in the course of the employment which is the subject of that contract, if there is a breach of a duty in the course of that employment, the plaintiff may either recover in tort or in contract.

The liability in tort in *Esso Petroleum* was based on the principle affirmed in *Hedley Byrne*, which Lord Denning said at p. 820 included, when properly understood, the following proposition: "if a man, who has or professes to have special knowledge or skill, makes a representation by virtue thereof to another — be it advice, information or opinion — with the intention of inducing him to enter into a contract with him, he is under a duty to use reasonable care to see that the representation is correct, and that the advice, information or opinion is reliable". The other judges in *Esso Petroleum*, Ormrod and Shaw L.JJ., appear to have been in essential agreement with the views expressed by Lord Denning.

The so-called "status relationships", including the "common callings", to which I have referred above, have played a prominent role in the con-

celle qui existe entre employeur et employé. Voici ce que dit le juge en chef Tindal dans la décision *Boorman v. Brown*:

[TRADUCTION] On ne conteste pas qu'il existe une grande catégorie d'affaires dans lesquelles l'action est fondée sur le lien contractuel entre les parties, mais dans lesquelles, néanmoins, la rupture ou l'inexécution ouvrent indifféremment un recours en *assumpsit* ou un recours délictuel. Tombent dans cette catégorie les actions intentées contre des avocats, des chirurgiens et d'autres hommes exerçant une profession libérale, pour incompétence ou pour manque de diligence raisonnable dans la prestation des services qu'ils s'engagent à rendre: les actions contre des transporteurs publics, les actions contre des propriétaires de navire fondées sur des connaissements, les actions contre différentes sortes de dépositaires ne sont que quelques exemples parmi tant d'autres où l'action peut, au choix du demandeur, avoir un fondement délictuel ou contractuel.

Lord Campbell se prononce ainsi:

[TRADUCTION] Mais chaque fois qu'il y a un contrat et qu'un acte quelconque doit être accompli dans l'exécution du travail qui fait l'objet du contrat, le demandeur peut, en cas de manquement aux obligations qui se rattachent à l'exécution de ce travail, poursuivre sur un fondement soit délictuel, soit contractuel.

La responsabilité délictuelle dans l'affaire *Esso Petroleum* reposait sur le principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne*, principe qui, a souligné lord Denning à la p. 820, renfermait, si on l'interprétait correctement, la proposition suivante: [TRADUCTION] «si un homme, qui possède ou qui prétend posséder des connaissances ou des compétences particulières, fait à une autre personne une déclaration basée sur cette connaissance ou compétence — qu'il s'agisse d'un conseil, d'un renseignement ou d'une opinion — dans le but d'amener cette personne à passer un contrat avec lui, il lui incombe de faire preuve de diligence raisonnable de manière à assurer que la déclaration soit exacte et que le conseil, le renseignement ou l'opinion soient fiables.» Les autres juges dans l'affaire *Esso Petroleum*, savoir les lords juges Ormrod et Shaw, paraissent avoir été essentiellement d'accord avec le point de vue exprimé par lord Denning.

Les relations dites «créatrices de statut», y compris les «professions publiques», dont j'ai fait mention précédemment, ont joué un rôle de premier

sideration of the question of concurrent liability with reference to various skilled professions and occupations. There is a very good discussion of the subject to be found in French, op. cit., pp. 273 ff. As she indicates, historians have differed as to the occupations that were included in the common callings. She sums up the "traditional view" as follows at p. 274:

> According to prevailing academic opinion, a business was classified as a common calling only if it displayed two characteristics. Its services had to be generally available to the public, and its exercise must have demanded skill. Falling within this category were the carrier, innkeeper, surgeon, apothecary, attorney, veterinary surgeon, smith and barber.

Russell v. Palmer (1767), 2 Wils. K.B. 325, 95 E.R. 837, would appear to be an early example of an attorney's liability in tort for negligence in an action which alleged a contractual relationship. See Fifoot, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*, 1949, p. 157. To the same effect would appear to be the case of *Godefroy v. Jay* (1831), 7 Bing. 413, 131 E.R. 159, which was an action in tort against an attorney for negligence in the conduct of an action. In *Steljes v. Ingram*, in the course of an instructive statement on the nature and historical basis of the status relationships category of concurrent liability, Phillimore J. said at p. 535 with reference to its extension to include persons professing skill in a calling: "A further step was made when contracts with professional men whose professions were specially protected and affected by law were held to create a similar result of *status*; and it was said that a surgeon or a solicitor could be sued in tort for a breach of the ordinary duty of a surgeon or solicitor ('Lanphier v. Phipos,' 8 C. and P., 475)." It is with reference to this concurrent liability of persons professing skill in a calling that it is said in *Winfield on Tort* (7th ed. 1963), p. 6, in a passage

plan dans l'étude de la question de la responsabilité concurrente en ce qui a trait à divers métiers et professions spécialisés. On trouve une excellente analyse du sujet dans French, op. cit., aux pp. 273 et suiv. Comme elle l'indique, les historiens divergent d'opinions quant aux métiers qui relèvent de la catégorie des professions publiques. À la page 274, elle résume ainsi le «point de vue traditionnel»:

> [TRADUCTION] Selon l'opinion dominante qui se dégage de la doctrine, pour qu'une entreprise soit qualifiée de profession publique, il faut qu'elle présente deux caractéristiques. Les services doivent être offerts au grand public et son exploitation doit exiger des compétences. Si situent dans cette catégorie le voiturier, l'hôtelier, le chirurgien, l'apothicaire, l'avocat, le chirurgien vétérinaire, le forgeron et le coiffeur.

La décision *Russell v. Palmer* (1767), 2 Wils. K.B. 325, 95 E.R. 837, paraît être l'un des premiers exemples d'un cas où l'on a conclu à la responsabilité délictuelle d'un avocat pour cause de négligence dans une action où on alléguait l'existence de liens contractuels. Voir Fifoot, *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract*, 1949, à la p. 157. La décision *Godefroy v. Jay* (1831), 7 Bing. 413, 131 E.R. 159, semble aller dans le même sens. Il s'agissait là d'une action délictuelle intentée contre un avocat pour avoir fait preuve de négligence dans la conduite d'une instance. Dans une déclaration instructive sur la nature et le fondement historique de la catégorie de responsabilité concurrente résultant des relations créatrices de statut, le juge Phillimore, à la p. 535 de la décision *Steljes v. Ingram*, affirme ce qui suit au sujet de l'extension de cette catégorie de manière à englober les personnes qui se prétendent compétentes dans une profession: [TRADUCTION] «On a avancé d'un autre pas quand il a été jugé que des contrats avec des hommes exerçant des professions libérales qui bénéficient de par la loi d'une protection et d'un traitement spéciaux, confèrent également un *statut*; et l'on a dit qu'un chirurgien ou un avocat peut faire l'objet d'une action délictuelle pour manquement aux obligations ordinaires d'un chirurgien ou d'un avocat («Lanphier v. Phipos,» 8 C. and P., 475).» C'est cette responsabilité concurrente de personnes se prétendant compétentes dans

that has been cited on several occasions in the cases:

> A dentist who contracts to pull out my tooth is, of course, liable to me for breach of contract if he injures me by an unskilled extraction. But he is also liable to me for the tort of negligence; for every one who professes skill in a calling is bound by the law, agreement or no agreement, to show a reasonable amount of such skill. I cannot recover damages twice over, but I may well have alternative claims for damages under different heads of legal liability.

Courts have on several occasions referred to the status relationships as a closed or frozen category of concurrent liability, which arose out of special historical circumstances and should not be extended to include the modern professions and other skilled occupations. This was the view taken of the stockbroker in *Jarvis* (p. 407), the solicitor in *Groom v. Crocker* (p. 222) and the architect in *Bagot* (pp. 204-06). This view has been criticized, although in none of the cases which have decided in favour of the concurrent liability of particular professions, as I understand them, has the conclusion been technically rested on an application or extension of the common callings category. Compare, for example, *Dominion Chain*, at pp. 392-93 and *John Maryon International Ltd. v. New Brunswick Telephone Co.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 193, at p. 232. Rather the common callings and other status relationships, such as that between master and servant, have been invoked in support of two arguments in favour of concurrent liability: (a) they show that the common law has not recognized any general objection in principle to concurrent liability, but on the contrary has recognized concurrent liability in a wide range of cases; and (b) they indicate the extent of the anomaly that exists if concurrent liability is denied to certain professional relationships. *Brown v. Boorman*, which was relied on by Lord Denning in *Esso Petroleum* in support of his general statement of principle, has on the whole been treated with considerable caution. There appear to be two reasons for this: the significance of what it actually

une profession qui est visée par *Winfield on Tort* (7th ed. 1963), à la p. 6, dans un passage qui a été cité à plusieurs reprises dans la jurisprudence:

> [TRADUCTION] Il va sans dire qu'un dentiste qui passe avec moi un contrat pour l'extraction d'une dent est responsable envers moi pour rupture de contrat s'il m'inflige un préjudice corporel par suite de maladresse dans cette extraction. Mais il a aussi envers moi une responsabilité délictuelle fondée sur la négligence; car quiconque se prétend compétent dans une profession est légalement tenu, qu'il y ait ou non contrat, de faire montre d'un niveau de compétence raisonnable. Je ne puis obtenir deux fois des dommages-intérêts, mais je peux bien présenter des demandes subsidiaires en dommages-intérêts fondées sur différents chefs de responsabilité en droit.

Les tribunaux ont à maintes reprises dit des relations créatrices de statut qu'elles constituent une catégorie fermée ou figée de responsabilité concurrente, qui émane de circonstances historiques particulières et dont la portée ne doit pas être élargie de manière à englober les professions libérales modernes et d'autres métiers spécialisés. C'est ainsi qu'on a perçu le courtier en valeurs mobilières dans la décision *Jarvis* (p. 407), l'avocat dans l'arrêt *Groom v. Crocker* (p. 222) et l'architecte dans la décision *Bagot* (pp. 204 à 206). Ce point de vue a été critiqué, quoique, si je les comprends bien, dans aucune des décisions où l'on a conclu à la responsabilité concurrente de ceux qui exercent certaines professions, cette conclusion n'a été fondée en principe sur l'application ou l'extension de la catégorie des professions publiques. Comparer, par exemple, l'arrêt *Dominion Chain*, aux pp. 392 et 393, et la décision *John Maryon International Ltd. v. New Brunswick Telephone Co.* (1982), 141 D.L.R. (3d) 193, à la p. 232. Les professions publiques et les autres relations créatrices de statut, telles que les rapports entre employeur et employé, ont plutôt été invoquées à l'appui de deux arguments en faveur de la responsabilité concurrente: a) elles démontrent que la *common law* n'a accepté aucune exception de principe générale à la notion de la responsabilité concurrente, mais qu'au contraire elle a reconnu la responsabilité concurrente dans une grande variété de cas, et b) elles dénotent l'étendue de l'anomalie qui existerait si la responsabilité concurrente était écartée dans le cas de

decided, as distinct from its dicta, and a question about the soundness of the statement by Lord Campbell. The issue, which was one of pleading raised after verdict on a motion to arrest judgment, was whether the declaration sufficiently alleged the special contractual duty which the plaintiff linseed crushers were obliged to rely on for their cause of action against the oil broker for delivering linseed oil to purchasers without obtaining payment of the price. The established approach of a court to such an issue was indicated by Lord Brougham ((1844), 11 Cl. & F. 1, at p. 38) as follows: "The authorities show that, after verdict, it is immaterial whether there are or not technical words; if there are clear words to show that the Defendant has made such contract and has broken it, after verdict everything will be intended that can be intended to support the verdict." In so far as the statement of Lord Campbell is concerned, the view has been expressed from time to time that it goes too far if it is to be understood as meaning that any breach of contractual duty in an employment relationship sounds in tort as well as contract. See Slesser L.J. in *Jarvis*, p. 406; Oliver J. in *Midland Bank Trust*, p. 432; French, op. cit., p. 290. Moreover, in the modern doctrine of concurrent liability it is not the breach of contract as such that gives rise to tortious liability, but the breach of a common law duty of care arising from the relationship created by contract.

The case of *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, which was cited by Lord Denning in *Esso Petroleum* with reference to concurrent liability in the master and servant relationship, and

certaines relations professionnelles. L'arrêt *Brown v. Boorman*, que lord Denning invoque à l'appui de sa déclaration de principe générale dans l'arrêt *Esso Petroleum*, a dans l'ensemble été traité avec beaucoup de circonspection. Il semble y avoir deux raisons à cela, savoir: l'importance de ce qui y a été décidé en fait, par rapport aux opinions incidentes qui y sont exprimées, et une question quant à la justesse de la déclaration de lord Campbell. La question en litige, qui était une question de procédure écrite soulevée après qu'un verdict eut été rendu au sujet d'une requête en obtention d'un sursis à l'exécution du jugement, était de savoir si la déclaration alléguait suffisamment l'obligation contractuelle spéciale sur laquelle les demandeurs, broyeurs de graines de lin, devaient fonder leur cause d'action contre le courtier en huiles pour avoir livré de l'huile de lin à des acheteurs sans obtenir le paiement du prix. L'attitude établie des tribunaux devant une telle question a été indiquée par lord Brougham ((1844), 11 Cl. & F. 1, à la p. 38) dans le passage suivant: [TRADUCTION] «Il ressort de la jurisprudence qu'une fois le verdict rendu, il est sans importance que des termes techniques aient été utilisés ou non; s'il y a des termes clairs qui montrent que le défendeur a passé un tel contrat et l'a rompu, après le verdict tout ce qui peut être présumé pour étayer ce verdict le sera.» Pour ce qui est de la déclaration de lord Campbell, on a parfois exprimé l'avis qu'elle va trop loin si on doit comprendre qu'elle signifie que tout manquement à une obligation contractuelle dans le contexte des relations entre employeur et employé relève aussi bien de la responsabilité délictuelle que du droit des contrats. Voir ce qu'en disent le lord juge Slesser à la p. 406 de la décision *Jarvis*, le juge Oliver à la p. 432 de la décision *Midland Bank Trust*, et French, op. cit., à la p. 290. De plus, selon le principe moderne de la responsabilité concurrente, ce n'est pas la rupture de contrat en tant que telle qui donne naissance à la responsabilité délictuelle, mais le manquement à une obligation de diligence en *common law* découlant des liens créés par le contrat.

L'arrêt *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, que lord Denning a cité, dans l'arrêt *Esso Petroleum*, au sujet de la responsabilité concurrente dans les relations entre employeur et

in particular the speech of Lord Radcliffe to which he referred, also calls for some comment because it has been cited for opposing views on the question of concurrent liability. The action by the company against its employee for the damages that the company had been condemned to pay the employee's father, who was negligently injured by his son while acting as his helper, was for breach of the employee's contractual obligation to his employer to exercise due care when driving in the course of his employment. The employee was also sued for contribution as a joint tort-feasor, but that of course was based on the tortious liability of the employee and the employer to the injured third party, not on the nature of the employee's liability to the employer. In their speeches with reference to the nature of the employee's duty of care to the employer, the essential point the members of the House of Lords were making is that they disagreed with the opinion of Denning L.J. in the Court of Appeal, [1956] 2 Q.B. 180, at pp. 187-90, that the employee's duty of care, if any, was in tort only. It was in the course of affirming a contractual duty of care that Viscount Simonds said at p. 573: "It is trite law that a single act of negligence may give rise to a claim either in tort or for breach of a term express or implied in a contract. Of this the negligence of a servant in performance of his duty is a clear example"; and Lord Radcliffe said at p. 587 (the place cited by Lord Denning in *Esso Petroleum*): "It is a familiar position in our law that the same wrongful act may be made the subject of an action either in contract or in tort at the election of the claimant, and, although the course chosen may produce incidental consequences which would not have followed had the other course been adopted, it is a mistake to regard the two kinds of liability as themselves necessarily exclusive of each other." It is of interest to note that another passage in the speech of Lord Radcliffe on the same page, because of its emphasis on the contractual nature of the relationship between master and servant, was quoted by Lord Scarman in *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1985] 2 All E.R. 947, at p. 957, to which I shall make further reference, in support of his opinion against concurrent liability in the banker and customer relationship. There can be no

employé, et en particulier les propos de lord Radcliffe auxquels il se réfère, exige aussi certains commentaires parce qu'il a été cité pour appuyer des points de vue opposés sur la question de la responsabilité concurrente. L'action que la société a intentée contre son employé en vue de recouvrer les dommages-intérêts qu'elle avait été condamnée à payer au père de l'employé, qui, alors qu'il agissait comme assistant de son fils, avait subi un préjudice corporel par suite de la négligence de celui-ci, était fondée sur le manquement à l'obligation contractuelle qu'a l'employé, envers son employeur, de faire preuve de diligence raisonnable en conduisant un véhicule dans l'exercice de ses fonctions. L'employé a aussi été poursuivi pour sa part de la faute en tant que coauteur du délit civil, mais il va sans dire que cette action était fondée sur la responsabilité délictuelle de l'employé et de l'employeur envers le tiers lésé, et non sur la nature de la responsabilité de l'employé envers son employeur. Dans les propos qu'ils ont tenus sur la nature de l'obligation de diligence qu'a l'employé envers l'employeur, les membres de la Chambre des lords soulignent essentiellement leur désaccord avec l'opinion exprimée par le lord juge Denning en Cour d'appel, [1956] 2 Q.B. 180, aux pp. 187 à 190, portant que l'obligation de diligence de l'employé, s'il en est, a un fondement purement délictuel. Voici ce que déclare le vicomte Simonds en affirmant l'existence d'une obligation contractuelle de diligence, à la p. 573: [TRADUCTION] «Il est bien établi en droit qu'un seul acte fautif peut donner lieu soit à une action délictuelle, soit à une action pour manquement à une condition expresse ou implicite d'un contrat. La négligence d'un employé dans l'exercice de ses fonctions en est un bon exemple»; puis lord Radcliffe affirme à la p. 587 (l'endroit cité par lord Denning dans l'arrêt *Esso Petroleum*): [TRADUCTION] «Dans notre droit, est-il besoin de le rappeler, une même faute peut, au choix du demandeur, faire l'objet d'une action contractuelle ou d'une action délictuelle et, bien que le recours choisi puisse produire des conséquences secondaires que n'aurait pas entraînées l'autre recours, il est erroné de considérer les deux types de responsabilité comme devant nécessairement s'exclure mutuellement.» Il est intéressant de noter qu'en raison de son insistance sur la

doubt, however, that the recognition of concurrent liability in the master and servant relationship is well established. It was reaffirmed in *Matthews v. Kuwait Bechtel Corp.*, the other case cited by Lord Denning in *Esso Petroleum*, where again the action was for breach of contract, this time by an employee against his employer for injury suffered in the course of his employment, and the issue was whether the cause of action was in contract, within the applicable rule of service out of the jurisdiction, or entirely in tort, in which case the rule would not apply. The Court of Appeal held that while the master owes a tortious duty of care to his servant, such a duty is also an implied term of the contract of employment (citing *Lister*), and in case of injury the servant may at his option sue for breach of contract or in tort.

The authority of *Esso Petroleum* on the question of concurrent liability was affirmed by the Court of Appeal in *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554, where, in a case involving the liability of a development company for breach of warranty and negligence, it was held that the plaintiffs were entitled to have judgment entered in their favour for the tort of negligence as well as for breach of contract. Megaw L.J. held that the principle of concurrent liability recognized in *Esso Petroleum* was a general one, not confined to the common callings and skilled professions. In *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 856, which involved the application of an exclusion of liability in a contract for the provision of a night patrol service for the plaintiff's factory, Lord Denning

nature contractuelle des relations entre employeur et employé, un autre passage tiré des motifs de lord Radcliffe à la même page a été cité par lord Scarman dans la décision *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.*, [1985] 2 All E.R. 947, à la p. 957, sur laquelle je reviendrai plus loin, à l'appui de son rejet de la responsabilité concurrente dans les relations entre banquier et client. Toutefois, il ne peut y avoir de doute que la reconnaissance de la responsabilité concurrente dans les relations entre employeur et employé est bien établie. Cela a été réaffirmé dans l'arrêt *Matthews v. Kuwait Bechtel Corp.*, l'autre affaire citée par lord Denning dans l'arrêt *Esso Petroleum*. Là encore, il s'agissait d'une action pour rupture de contrat, cette fois-ci intentée par un employé contre son employeur pour un préjudice corporel subi dans le cadre de son emploi, et la question était de savoir si la cause d'action était contractuelle, de manière à entraîner l'application de la règle relative à la signification hors du ressort, ou entièrement délictuelle, auquel cas la règle serait inapplicable. La Cour d'appel a conclu que le droit en matière de responsabilité délictuelle impose à l'employeur une obligation de diligence envers son employé, mais que cette obligation découle aussi de façon implicite du contrat de travail (l'arrêt *Lister* étant cité) et qu'en cas de préjudice l'employé peut, à son choix, poursuivre pour rupture de contrat ou intenter une action délictuelle.

L'autorité de l'arrêt *Esso Petroleum* sur la question de la responsabilité concurrente a été confirmée par la Cour d'appel dans l'arrêt *Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.*, [1978] Q.B. 554, portant sur la responsabilité d'une société de promotion immobilière pour inobservation de garantie et pour négligence, où on a conclu que les demandeurs pouvaient obtenir gain de cause aussi bien en ce qui concerne le délit civil de négligence que la rupture de contrat. Selon le lord juge Megaw, le principe de la responsabilité concurrente reconnu dans l'arrêt *Esso Petroleum* était de portée générale et ne se limitait pas aux professions publiques et aux métiers spécialisés. Dans l'arrêt *Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.*, [1978] 1 W.L.R. 856, où il était question de l'application d'une clause d'exonération de

referred to the principle of concurrent liability in general terms as follows at p. 862: "But, during the last few years, it has become plain that, if the facts disclose the self-same duty of care arising both in contract and in tort — and a breach of that duty — then the plaintiff can sue either in contract or in tort, as he pleases: see *Esso Petroleum Co. Ltd.* v. *Mardon* [1976] Q.B. 801, 818-820 and *Batty* v. *Metropolitan Properties Realisations Ltd.* [1978] 2 W.L.R. 500."

Esso Petroleum and *Hedley Byrne* were applied in *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, in which it was held that solicitors were liable to a client in tort as well as in contract for failure to register an option to purchase. It is not possible in these reasons to do justice to the judgment of Oliver J., which remains one of the most thorough and penetrating analyses of the authorities and the issues on the question of concurrent liability to be found in the cases. His essential concern in his canvass of the authorities was to determine whether he was free to find that the solicitors were liable in tort on the basis of *Hedley Byrne*, despite the existence of a contractual relationship. He concluded, in the light of the interpretation and application that had been given to *Hedley Byrne* in *Esso Petroleum* and of his own analysis of the speeches in *Hedley Byrne*, particularly that of Lord Devlin (to which I have referred in the discussion of *Nocton v. Lord Ashburton*) that the principle in *Hedley Byrne* applied to a relationship of the kind described there, whether or not the relationship was created by contract. He said at p. 413: "The inquiry upon which the court is to embark is 'what is the relationship between plaintiff and defendant?' not 'how did the relationship, if any, arise?'" On this view of *Hedley Byrne* he concluded that it was in conflict with the premise on which *Groom v. Crocker* and the cases which followed it had been decided and that he was free to follow *Esso Petroleum* on the question of concurrent liability. Oliver J. was of the opinion

responsabilité dans un contrat de fourniture d'un service de patrouille de nuit pour l'usine de la demanderesse, lord Denning a parlé en termes généraux du principe de la responsabilité concurrente, affirmant à la p. 862: [TRADUCTION] «Mais, au cours des dernières années, il est devenu évident que, si les faits révèlent l'existence d'une même obligation de diligence ayant un fondement à la fois contractuel et délictuel, et s'ils révèlent en outre un manquement à cette obligation, le demandeur peut alors fonder son action sur le contrat ou sur le délit civil, à sa guise: voir l'arrêt *Esso Petroleum Co. Ltd.* v. *Mardon* [1976] Q.B. 801, aux pp. 818 à 820, et l'arrêt *Batty* v. *Metropolitan Properties Realisations Ltd.* [1978] 2 W.L.R. 500.»

Les arrêts *Esso Petroleum* et *Hedley Byrne* ont été appliqués dans la décision *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, où on a conclu que des avocats avaient une responsabilité aussi bien délictuelle que contractuelle envers un client pour avoir omis d'enregistrer une option d'achat. Il n'est pas possible dans les présents motifs de traiter à sa juste valeur le jugement du juge Oliver, qui demeure l'une des analyses les plus approfondies et perspicaces des précédents et des questions concernant la responsabilité concurrente, que l'on puisse trouver dans la jurisprudence. Dans son étude des arrêts, il a voulu essentiellement déterminer si l'arrêt *Hedley Byrne* permettait de conclure à la responsabilité délictuelle des avocats malgré l'existence de liens contractuels. Il a décidé, compte tenu de l'interprétation et de l'application données à l'arrêt *Hedley Byrne* dans l'arrêt *Esso Petroleum* et en se fondant sur sa propre analyse des propos tenus dans l'affaire *Hedley Byrne*, particulièrement ceux de lord Devlin (dont j'ai fait mention dans mon examen de l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton*), que le principe posé par l'arrêt *Hedley Byrne* s'appliquait à des rapports du genre dont il y était question, que ceux-ci aient été créés ou non par un contrat. Le juge Oliver affirme, à la p. 413: [TRADUCTION] «Ce que le tribunal doit se demander c'est «quels sont les rapports entre le demandeur et le défendeur?» et non pas «comment les rapports, s'il en est, ont-ils pris naissance?»» S'appuyant sur cette interprétation de l'arrêt *Hedley Byrne*, il a conclu que celui-ci était incom-

that *Esso Petroleum* presented a clear issue of concurrent liability despite the fact that the negligent misrepresentation had been made in pre-contract negotiations. On this point he said at p. 428, "The noticeable feature of this, in the present context, is that the contractual duty found by the Court of Appeal not only covered the same ground as, but was, in practical terms, identical and co-terminous with, the duty arising from a special relationship of the *Hedley Byrne* type", and at p. 432 he said, "As I read the case it is authority for the proposition that the existence of a contractual duty of care — in that case created by the warranty which the court found — does not preclude a parallel claim in tort under the *Hedley Byrne* principle."

The judgment of Oliver J. in *Midland Bank Trust* was referred to with approval by Sir Robert Megarry V.-C. in *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297. That was an action for damages by the beneficiary of a will against solicitors of the testator for negligence in failing to warn the testator to whom they sent the will for execution that it should not be witnessed by the spouse of a beneficiary. It was argued on behalf of the solicitors that since a retained solicitor could not be liable to a client in tort, according to *Groom v. Crocker* and the cases which had followed it, he should not be exposed to liability in tort to a third person for negligence in the performance of the services for which he had been retained. In rejecting the premise on which this contention was based, Sir Robert Megarry V.-C. referred to *Groom v. Crocker* and the cases which followed it on the nature of the solicitor's liability to a client as having been "rejected" in *Esso Petroleum* and spoke of the judgment of Oliver J. in *Midland Bank Trust* as follows at p. 308: "I would, indeed, express my most respectful concurrence in an

patible avec la prémisse sur laquelle reposait l'arrêt *Groom v. Crocker* et les décisions subséquentes dans le même sens et qu'il lui était donc loisible de suivre l'arrêt *Esso Petroleum* sur la question de la responsabilité concurrente. De l'avis du juge Oliver, l'affaire *Esso Petroleum* représentait nettement un cas de responsabilité concurrente, en dépit du fait qu'il y avait eu déclaration inexacte faite par négligence au cours des négociations préalables à la passation du contrat. À ce propos, il souligne, à la p. 428: [TRADUCTION] «Le point saillant dans le présent contexte est que non seulement l'obligation contractuelle à laquelle a conclu la Cour d'appel avait-elle la même portée que l'obligation découlant de relations spéciales du type dont il s'agissait dans l'arrêt *Hedley Byrne*, mais aussi, du point de vue pratique, elle était identique et assimilable à cette obligation.» À la page 432, le juge Oliver ajoute: [TRADUCTION] «Selon moi, l'arrêt établit que l'existence d'une obligation contractuelle de diligence — obligation qui, dans cette affaire, résultait de la garantie reconnue par la cour — n'écarte pas la possibilité d'intenter une action délictuelle parallèle en vertu du principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne*.»

La décision *Midland Bank Trust* du juge Oliver a reçu l'approbation du vice-chancelier sir Robert Megarry dans l'affaire *Ross v. Caunters*, [1980] Ch. 297. Il s'agissait là d'une action en dommages-intérêts intentée par le bénéficiaire nommé dans un testament contre les avocats du testateur pour avoir fait preuve de négligence en omettant de prévenir le testateur, quand ils lui ont envoyé le testament pour signature, que le conjoint d'un bénéficiaire ne devait pas servir de témoin. On a soutenu pour le compte des avocats que, puisque, suivant l'arrêt *Groom v. Crocker* et les décisions qui l'ont suivi, la responsabilité d'un avocat envers son client ne pouvait être délictuelle, il ne devait pas non plus être exposé à une responsabilité délictuelle envers une tierce personne pour avoir fait preuve de négligence dans la prestation de ses services audit client. En repoussant la prémisse sur laquelle reposait cet argument, le vice-chancelier sir Robert Megarry a dit, au sujet de l'arrêt *Groom v. Crocker* et des décisions qui l'ont suivi quant à la nature de la responsabilité d'un avocat envers son client, qu'ils avaient été «rejetés» par

exhaustive and convincing discussion of a complex subject." In *Forster v. Outred & Co.*, [1982] 2 All E.R. 753, where it was conceded for purposes of the argument in the Court of Appeal that a retained solicitor could be sued by a client in tort as well as in contract for negligent advice, Dunn L.J. said at p. 764 that he found the reasoning of Oliver J. in *Midland Bank Trust* "wholly convincing".

I turn now to a consideration of the impact of *Esso Petroleum* and *Midland Bank Trust* on the Canadian jurisprudence with respect to the question of concurrent liability. Before *Esso Petroleum* the views of provincial courts of appeal on the question of concurrent liability are reflected in *Schwebel v. Telekes*, [1967] 1 O.R. 541, and *Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702. In *Schwebel*, where the issue was whether an action against a notary public for negligence was statute-barred, Laskin J.A. (as he then was), delivering the judgment of the Ontario Court of Appeal, said at p. 543, "The only circumstance that could bring any duty of the defendant to the plaintiff herein into operation was her contracting for the defendant's assistance". He added, citing *Groom v. Crocker* and *Clark v. Kirby-Smith*, that "the duty of care arose by virtue of the contractual relationship and had no existence apart from that relationship". He referred to *Brown v. Boorman* as reflecting "a line of older authority" on the question of concurrent liability. He concluded, however, referring to *Howell v. Young* and other cases to similar effect, that it would not have made a difference in the result if the notary public could have been sued in tort as well as in contract because the limitation period began to run when the breach of duty (or damage) occurred and not when it was or ought to have been discovered. In *Sealand*, the British Columbia Court of Appeal relied on *Nunes Diamonds* for the view that naval architects could not

l'arrêt *Esso Petroleum* et, au sujet de la décision *Midland Bank Trust* du juge Oliver, il fait les observations suivantes, à la p. 308: [TRADUCTION] «En fait, je tiens à exprimer mon approbation très respectueuse d'une étude à la fois exhaustive et convaincante d'un sujet complexe.» Dans l'affaire *Forster v. Outred & Co.*, [1982] 2 All E.R. 753, où l'on a reconnu aux fins des débats devant la Cour d'appel qu'un client qui avait retenu les services d'un avocat pouvait intenter contre celui-ci une action aussi bien délictuelle que contractuelle pour des mauvais conseils donnés par négligence, lord juge Dunn affirme, à la p. 764, qu'il trouve [TRADUCTION] «tout à fait convaincant» le raisonnement du juge Oliver dans la décision *Midland Bank Trust*.

Je passe maintenant à un examen de l'effet de l'arrêt *Esso Petroleum* et de la décision *Midland Bank Trust* sur la jurisprudence canadienne relative à la question de la responsabilité concurrente. La façon dont les cours d'appel provinciales percevaient la responsabilité concurrente avant l'arrêt *Esso Petroleum* se dégage des arrêts *Schwebel v. Telekes*, [1967] 1 O.R. 541, et *Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.* (1974), 51 D.L.R. (3d) 702. Dans l'arrêt *Schwebel*, la question était de savoir si une action contre un notaire pour cause de négligence était prescrite. Le juge Laskin (plus tard Juge en chef du Canada), qui a rédigé les motifs de la Cour d'appel de l'Ontario, affirme à la p. 543: [TRADUCTION] «Le seul élément qui, en l'espèce, pouvait imposer au défendeur une obligation envers la demanderesse était le contrat que cette dernière avait passé pour obtenir l'aide du défendeur.» Le juge Laskin, citant l'arrêt *Groom v. Crocker* et la décision *Clark v. Kirby-Smith*, a ajouté que [TRADUCTION] «l'obligation de diligence découlait des liens contractuels et ne pouvait exister indépendamment de ceux-ci». Il a dit que la décision *Brown v. Boorman* reflétait [TRADUCTION] «un courant de jurisprudence plus ancienne» sur la question de la responsabilité concurrente. Cependant, il a conclu, au sujet de la décision *Howell v. Young* et d'autres décisions dans le même sens, que le résultat aurait été identique si le notaire avait pu faire l'objet d'une action délictuelle aussi bien que contractuelle puisque le délai de prescription commençait à courir à

be liable in tort, on the basis of *Hedley Byrne*, for negligent misstatement in the performance of a contract. Seaton J.A. expressed the rationale for the denial of concurrent liability in such a case as follows at p. 705: "If additional duties and liabilities are to be attached, it will have the effect of changing the bargain made by the parties. That would be inappropriate."

Esso Petroleum was followed by a majority of the Ontario Court of Appeal in *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.*, and *Dabous v. Zuliani* (1976), 12 O.R. (2d) 230, where it was held that engineers and architects could be liable in tort for negligence in the performance of a contract. The court also held that a contractor or builder was subject to concurrent liability in such a case. Jessup J.A., with whom Zuber J.A. concurred, dealt in *Dominion Chain* with the question of concurrent liability in both appeals. With respect to the liability of the engineers in *Dominion Chain* and the liability of the architect in *Dabous*, Jessup J.A. said that as a result of *Esso Petroleum* he was free to follow the "line of older authority" on concurrent liability referred to by Laskin J.A. in *Schwebel* and reflected, in so far as persons professing skill in a calling are concerned, in the statement of principle in *Winfield on Tort* (7th ed. 1963), p. 6, which I have quoted above in the discussion of the status relationships, and in which it was said that "every one who professes skill in a calling is bound by the law, agreement or no agreement, to show a reasonable amount of such skill". Jessup J.A. indicated the extent to which he proposed to adopt the principle of concurrent liability supported by the line of older authority, in so far as the liability of the engineers and the architect was concerned. Referring to *Esso Petroleum* as having approved *Brown v. Boorman*,

partir du moment où s'est produit le manquement à l'obligation (ou le dommage) et non à partir du moment où il a été ou aurait dû être découvert. Dans l'arrêt *Sealand*, la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a invoqué l'arrêt *Nunes Diamonds* pour appuyer le point de vue que l'arrêt *Hedley Byrne* ne pouvait jouer de manière à entraîner la responsabilité délictuelle d'architectes navals pour une déclaration inexacte faite par négligence dans l'exécution d'un contrat. À la page 705, le juge Seaton justifie ainsi le rejet de la responsabilité concurrente dans un tel cas: [TRADUCTION] «Si d'autres devoirs et responsabilités doivent être ajoutés, cela aura pour effet de changer le marché conclu entre les parties, ce qui ne siérait guère.»

L'arrêt *Esso Petroleum* a été suivi par la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité dans les arrêts *Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.*, et *Dabous v. Zuliani* (1976), 12 O.R. (2d) 230, où on a décidé qu'il pouvait y avoir de la part d'ingénieurs et d'architectes une responsabilité délictuelle pour cause de négligence dans l'exécution d'un contrat. La cour a conclu en outre qu'un entrepreneur ou un constructeur était assujetti à une responsabilité concurrente en pareil cas. Le juge Jessup, dont l'avis a été partagé par le juge Zuber, a abordé dans l'arrêt *Dominion Chain* la question de la responsabilité concurrente soulevée dans les deux appels. Au sujet de la responsabilité des ingénieurs dans l'affaire *Dominion Chain* et de celle de l'architecte dans l'affaire *Dabous*, le juge Jessup a dit que, par suite de l'arrêt *Esso Petroleum*, il était libre de suivre le «courant de jurisprudence plus ancienne» sur la question de la responsabilité concurrente, dont parle le juge Laskin dans l'arrêt *Schwebel* et qui est reflété, en ce qui concerne les personnes qui se prétendent compétentes dans une profession, dans l'énoncé de principe que l'on trouve dans *Winfield on Tort* (7th ed. 1963), à la p. 6, que j'ai déjà cité en traitant des relations créatrices de statut, et qui porte notamment que «quiconque se prétend compétent dans une profession est légalement tenu, qu'il y ait ou non contrat, de faire montre d'un niveau de compétence raisonnable». Le juge Jessup a indiqué la mesure dans laquelle il entendait adopter, en ce qui concerne la responsabilité des ingénieurs et de l'architecte, le principe de la

as it applied to "professional men", and quoting from Winfield, he said at pp. 392-93:

> I confine myself to the nature of the liabilities of those who do profess skills in a calling which a reasonable man would rely on and leave the case of unskilled employments to another day. However, I can find no justification in principle, authority or policy for the modern English trend, noted by some of the law authors, to close the categories of callings to whom the principle stated by Winfield applies: *e.g.*, Millner, *Negligence in Modern Law* (1967), at p. 131 *et seq.* The anachronistic exemption of solicitors from concurrent tort liability has been ended in England by *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, where the modern authorities referred to in *Schwebel* are overruled.

Jessup J.A. based the concurrent liability of the contractor in *Dominion Chain* and the builder in *Dabous* on the principle of tortious liability affirmed in *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, from which at one point in his reasons he quoted the following dictum on concurrent liability of Lord Macmillan at p. 610:

> The fact that there is a contractual relationship between the parties which may give rise to an action for breach of contract, does not exclude the co-existence of a right of action founded on negligence as between the same parties, independently of the contract, though arising out of the relationship in fact brought about by the contract. Of this the best illustration is the right of the injured railway passenger to sue the railway company either for breach of the contract of safe carriage or for negligence in carrying him.

The observations of Jessup J.A. with reference to *Nunes Diamonds* and other cases which have applied *Elder Dempster* to the question of concurrent liability were of particular significance for subsequent consideration of the principle for which those cases stand. He referred to the citation by Estey J.A. in *Hartman v. The Queen in right of*

responsabilité concurrente préconisé par le courant jurisprudentiel plus ancien. Affirmant que, dans l'arrêt *Esso Petroleum*, on avait approuvé la décision *Brown v. Boorman* dans la mesure où elle s'appliquait aux [TRADUCTION] «personnes exerçant une profession libérale» et citant un extrait de Winfield, il dit, aux pp. 392 et 393:

> [TRADUCTION] Je limite mes observations à la nature des responsabilités de ceux qui prétendent posséder des compétences professionnelles en lesquelles un homme raisonnable aurait confiance, et je reporte à une autre occasion le cas des métiers non spécialisés. Toutefois, je ne connais aucun principe, aucune décision, ni aucune politique justifiant la tendance anglaise moderne, constatée par certains auteurs de doctrine, à fermer les catégories de professions auxquelles s'applique le principe énoncé par Winfield: par exemple, Millner, *Negligence in Modern Law* (1967), à la p. 131 et suiv. L'exemption anachronique de toute responsabilité délictuelle concurrente de la part des avocats a été abolie en Angleterre par l'arrêt *Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon*, qui rejette la jurisprudence moderne mentionnée dans l'arrêt *Schwebel*.

Le juge Jessup a fondé la responsabilité concurrente de l'entrepreneur dans l'affaire *Dominion Chain* et du constructeur dans l'affaire *Dabous* sur le principe de la responsabilité délictuelle énoncé dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*, [1932] A.C. 562, duquel il a cité dans ses motifs l'opinion incidente suivante de lord Macmillan portant sur la responsabilité concurrente, à la p. 610:

> [TRADUCTION] Le fait qu'il existe entre les parties des liens contractuels qui peuvent donner lieu à une action pour rupture de contrat n'empêche pas que ces mêmes parties aient en même temps un droit d'action fondé sur la négligence indépendamment du contrat, quoique ce droit d'action découle de la relation de fait créé par le contrat. La meilleure illustration de cela est le droit du voyageur qui a subi un préjudice corporel de poursuivre la compagnie ferroviaire soit pour cause de rupture du contrat de transport sans risque, soit pour cause de négligence dans le transport.

Les observations du juge Jessup concernant l'arrêt *Nunes Diamonds* et d'autres décisions qui ont appliqué l'arrêt *Elder Dempster* à la question de la responsabilité concurrente revêtaient une importance particulière pour son étude subséquente du principe établi par cette jurisprudence. Il fait mention de ce que, dans l'arrêt *Hartman v. The Queen*

Ontario (1973), 2 O.R. (2d) 244, at p. 257 of *Hall v. Brooklands Auto Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205, at p. 213, where Scrutton L.J. said: "Further, in my view, where the defendant has protection under a contract, it is not permissible to disregard the contract and allege a wider liability in tort: *Elder, Dempster & Co.* v. *Paterson, Zochonis & Co.*" Jessup J.A. said at p. 399 in *Dominion Chain* that *Elder Dempster*, *Brooklands Auto Racing* and *Nunes Diamonds* were cases that stood for the proposition that a plaintiff cannot escape a contractual exclusion or limitation of liability, whether express or implied, by reliance on a concurrent liability in tort. Wilson J.A., dissenting in *Dominion Chain* and *Dabous* on the question of concurrent liability, was of the view that because of the different legal consequences attaching to the distinction between contract and tort the recognition of concurrent liability should not extend beyond the categories for which there was clear historical warrant. She referred to *Jarvis*, *Bagot*, *Schwebel*, and *Nunes Diamonds*, among other cases, but she appears to have placed particular reliance on the reasoning in *Bagot*, as indicated by the following passages in her reasons at pp. 408 and 414 respectively:

> In other words, it would appear that if the acts or omissions complained of by the plaintiff are in relation to the very matters covered by the contract, the essence of the plaintiff's action is breach of the contractual duty of care rather than breach of the general duty of care owed to one's "neighbour" in tort;
>
> . . .
>
> In this case where negligent supervision is the substance of the allegation and supervision is the essence of the contract the action, in my view, is properly framed in contract.

Wilson J.A. appears to have regarded *Esso Petroleum* as distinguishable on the ground that it

in right of Ontario (1973), 2 O.R. (2d) 244, à la p. 257, le juge Estey de la Cour d'appel cite la décision *Hall v. Brooklands Auto Racing Club*, [1933] 1 K.B. 205, à la p. 213, où lord juge Scrutton affirme: [TRADUCTION] «De plus, selon moi, lorsque le défendeur bénéficie d'une protection en vertu d'un contrat, on ne saurait faire abstraction de ce contrat et alléguer une responsabilité plus large fondée sur un délit civil: *Elder, Dempster & Co.* v. *Paterson, Zochonis & Co.*» À la page 399 de l'arrêt *Dominion Chain*, le juge Jessup affirme que les arrêts *Elder Dempster*, *Brooklands Auto Racing* et *Nunes Diamonds* appuient la proposition selon laquelle un demandeur ne peut, en invoquant une responsabilité concurrente fondée sur un délit civil, éluder une exonération ou une limitation de responsabilité prévue, expressément ou implicitement, par un contrat. Le juge d'appel Wilson, dissidente dans les arrêts *Dominion Chain* et *Dabous* sur la question de la responsabilité concurrente, a estimé qu'en raison des conséquences juridiques différentes découlant de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, la responsabilité concurrente ne devait pas être reconnue en dehors des catégories pour lesquelles cela était nettement justifié historiquement. Elle a fait mention notamment des arrêts *Jarvis*, *Bagot*, *Schwebel* et *Nunes Diamonds*, mais paraît s'être fondée particulièrement sur le raisonnement employé dans l'arrêt *Bagot*, comme l'indiquent les passages suivants de ses motifs tirés des pp. 408 et 414, respectivement:

> [TRADUCTION] En d'autres termes, il semblerait que, si les actes ou les omissions reprochés par le demandeur sont reliés aux questions mêmes visées par le contrat, l'action du demandeur repose essentiellement sur le manquement à l'obligation contractuelle de diligence plutôt que sur le manquement à l'obligation générale de diligence envers son «prochain» qui existe en matière délictuelle;
>
> . . .
>
> Dans la présente instance, où la surveillance faite de manière négligente constitue l'essentiel de l'allégation et où la surveillance constitue la condition essentielle du contrat, c'est à juste titre, à ce qu'il me semble, que l'action est fondée sur le contrat.

Le juge Wilson semble avoir estimé que l'arrêt *Esso Petroleum* pouvait faire l'objet d'une distinc-

involved a representation in pre-contract negotiations.

The appeal of the engineers in *Dominion Chain* to this Court against the rejection of their claim for contribution from the contractor was dismissed in *Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 S.C.R. 1346, on the ground that it was an essential condition of the right to contribution under s. 2 of *The Negligence Act* of Ontario that the person from whom contribution is sought should be liable to the plaintiff and in this case the contractor had been found not to be liable to the plaintiff by reason of provisions in the construction contract excluding or limiting liability. For this reason the Court found it unnecessary to determine whether the contractor and the engineers could be liable in tort as well as in contract to the owner. It expressed the view, assuming that the contractor could have been liable in tort, that the provisions in the construction contract excluding or limiting liability would have applied to the liability in tort as well as to the liability for breach of contract. As Laskin C.J. put it at p. 1355: "In the present case, it was the same negligence, whether regarded as a breach of contract or as a basis for an independent tort claim, which lay at the base of any claim by the plaintiff against Eastern for damages."

In 1978, after judgment was pronounced in *Smith v. McInnis*, on March 7th, there were three other reported decisions in Canada on the liability of the solicitor to a client which I shall refer to briefly in their chronological order. In *Power v. Halley* (1978), 88 D.L.R. (3d) 381, a solicitor was sued by a client for breach of the duty to ensure that the client got a good title to certain land, and the issue turning on the question of concurrent liability was the application of the statute of limitations. Mifflin C.J.T.D. in the Supreme Court of Newfoundland, Trial Division, applied *Esso Petroleum* and *Dominion Chain* in concluding as

tion en ce qu'il y était question d'une déclaration faite au cours de négociations préalables au contrat.

Le pourvoi que les ingénieurs dans l'affaire *Dominion Chain* ont formé devant cette Cour contre le rejet de leur demande de contribution de l'entrepreneur a été rejeté dans l'arrêt *Giffels Associates Ltd. c. Eastern Construction Co.*, [1978] 2 R.C.S. 1346, pour le motif que le droit à une contribution en vertu de l'art. 2 de *The Negligence Act* de l'Ontario comportait comme condition essentielle que la personne à qui la contribution était réclamée soit responsable envers le demandeur et, dans cette affaire, l'entrepreneur avait été déclaré non responsable envers la demanderesse parce que le contrat de construction contenait des clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité. C'est pour cette raison que la Cour n'a pas jugé nécessaire de déterminer si l'entrepreneur et les ingénieurs pouvaient avoir envers la propriétaire une responsabilité aussi bien délictuelle que contractuelle. La Cour s'est dite d'avis, en supposant que l'entrepreneur pouvait avoir une responsabilité délictuelle, que les clauses d'exonération ou de limitation de responsabilité contenues dans le contrat de construction se seraient appliquées tant à la responsabilité délictuelle qu'à la responsabilité pour rupture de contrat. Comme l'a souligné le juge en chef Laskin, à la p. 1355: «Il s'agit en l'espèce de la même négligence, qu'elle soit considérée comme l'inexécution du contrat ou comme le fondement d'un recours délictuel distinct, qui a fait naître la demande de dommages-intérêts par la demanderesse contre Eastern.»

En 1978, après que l'arrêt *Smith c. McInnis*, eut été rendu, trois autres décisions portant sur la responsabilité d'un avocat envers son client ont été publiées au Canada. J'examinerai brièvement ces décisions dans l'ordre chronologique. Dans l'affaire *Power v. Halley* (1978), 88 D.L.R. (3d) 381, un avocat a été poursuivi par un client pour avoir manqué à l'obligation de s'assurer que ce client reçoive un titre valable sur un certain bien-fonds et la question liée à celle de la responsabilité concurrente était l'application du délai de prescription. Le juge en chef Mifflin de la Division de première instance de la Cour suprême de Terre-Neuve,

follows at p. 388: "In my view in the present case the claim of the plaintiff can be said to be equally founded on contract and on tort, and he can rely on whichever foundation gives him the more favourable position under the statute." In *Royal Bank of Canada v. Clark and Watters* (1978), 22 N.B.R. (2d) 693, 39 A.P.R. 693, solicitors were sued by their client, the bank, for the damage caused by the release of mortgage funds to the borrower before the mortgage was executed and registered. The action of the solicitors was contrary to the instructions in the bank's "Requisition to Lawyer" form. Although the plaintiff does not appear to have asserted a concurrent or alternative liability in tort, the New Brunswick Supreme Court, Appeal Division, in grounding liability on the solicitor's failure to comply with the client's instructions respecting release of the mortgage funds, said that the liability of a solicitor to a client was contractual. Hughes C.J.N.B., delivering the judgment of the Appeal Division, said at p. 700: "A solicitor's liability to his client for professional negligence is based on breach of the terms of his engagement, the liability being contractual in nature: See *Schwebel v. Telekes*, [1967] 1 O.R. 541, per Laskin J.A., at p. 543; *Rowswell v. Pettit et al.* (1968), 68 D.L.R. (2d) 202. It was the failure by the defendants to follow the instructions which they had been given respecting disbursement from the trust fund which constituted their breach of the contract and entitled the Bank to damages." In *Messineo v. Beale* (1978), 20 O.R. (2d) 49, a majority of the Ontario Court of Appeal (Arnup and Martin JJ.A.) held that the liability of a solicitor to his client for a negligent failure to discover that a vendor did not have title to a significant part of the land to be purchased by his clients was in contract only. Arnup J.A. said at p. 52: "I agree also that the basis of liability of the defendant solicitor lies in breach of contract. In this respect the cases appear to be uniform." Zuber J.A., concurring in the result, which turned on the measure of damages, since it would not have been different had the solicitor been held to be liable in tort as well as contract, differed from the majority on the question of concurrent liability. He said, citing *Esso Petroleum* and *Dominion Chain*, at p. 54: "A solicitor, being one of those

appliquant les arrêts *Esso Petroleum* et *Dominion Chain*, est arrivé à la conclusion suivante, à la p. 388: [TRADUCTION] «À mon avis, on peut dire en l'espèce que la réclamation du demandeur a un fondement également contractuel et délictuel; en conséquence, il lui est loisible d'invoquer le fondement qui, suivant la loi, lui est le plus avantageux.» Dans la décision *Royal Bank of Canada v. Clark and Watters* (1978), 22 N.B.R. (2d) 693, 39 A.P.R. 693, des avocats ont été poursuivis par leur cliente, la banque, pour le préjudice résultant du fait que les fonds hypothécaires ont été mis à la disposition de l'emprunteur avant que l'acte constitutif de l'hypothèque ne soit signé et enregistré. Les avocats ont ainsi agi d'une manière contraire aux instructions qu'ils avaient reçues de la banque sur la formule intitulée [TRADUCTION] «Directives à l'avocat». Bien que la demanderesse ne paraisse pas avoir allégué une responsabilité concurrente ou alternative résultant d'un délit civil, la Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick, qui a fondé la responsabilité sur l'omission de l'avocat de suivre les instructions de sa cliente relativement à la remise des fonds hypothécaires, a qualifié de contractuelle la responsabilité d'un avocat envers son client. Le juge en chef Hughes, auteur des motifs de la Division d'appel, écrit, à la p. 700: [TRADUCTION] «La responsabilité d'un avocat envers son client pour négligence dans l'exercice de sa profession repose sur la violation des conditions auxquelles ses services ont été retenus; il s'agit donc d'une responsabilité de nature contractuelle: voir *Schwebel v. Telekes*, [1967] 1 O.R. 541, le juge d'appel Laskin, à la p. 543; *Rowswell v. Pettit et al.* (1968), 68 D.L.R. (2d) 202. C'est l'omission des défendeurs de suivre les instructions relatives au paiement des fonds en fiducie qui constituait la rupture de contrat et faisait que la banque avait droit à des dommages-intérêts.» Dans l'arrêt *Messineo v. Beale* (1978), 20 O.R. (2d) 49, la Cour d'appel de l'Ontario à la majorité (les juges Arnup et Martin) a conclu à la nature purement contractuelle de la responsabilité d'un avocat envers son client pour l'omission par négligence de découvrir qu'un vendeur n'avait pas de titre de propriété sur une partie importante du bien-fonds que voulaient acheter ses clients. Le juge Arnup affirme, à la p. 52: [TRADUCTION] «Je

who profess skills in a calling, is liable for failure to exercise those skills both in tort and contract." To these cases may be added *Jacobson Ford-Mercury Sales Ltd. v. Sivertz* (1979), 103 D.L.R. (3d) 480, in which a solicitor was sued by a client for negligently drafting an option to purchase which proved to be unenforceable. The issue turning on the question of concurrent liability was whether the action was statute-barred. Kirke Smith J. in the British Columbia Supreme Court held, applying *Esso Petroleum*, *Dominion Chain*, *Midland Bank Trust*, and *Power*, that the solicitor was liable in tort as well as contract and that the action was not statute-barred because the limitation period began to run from the time the damage was discovered or ought reasonably to have been discovered, which was when the client sought to exercise the option and was met by the objection that it was not enforceable. Kirke Smith J. said at p. 484:

> In the result, I conclude that, in the case of a professional man such as the defendant, a plaintiff client can claim either in contract or in tort, basing that claim "on whichever foundation gives him the more favourable position under the statute" to adopt the language of Mifflin, C.J.T.D. (at p. 388), in the *Power* case.

I am informed that an appeal in *Jacobson* was abandoned on March 27, 1980.

In *District of Surrey v. Carroll-Hatch & Associates Ltd.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218, the

suis également d'accord pour dire que la responsabilité de l'avocat défendeur est fondée sur la rupture de contrat. À cet égard, la jurisprudence paraît constante.» Le juge Zuber, qui a souscrit à la conclusion — qui reposait sur le calcul des dommages-intérêts — étant donné qu'elle n'aurait pas été différente si on avait conclu que la responsabilité de l'avocat était aussi bien délictuelle que contractuelle, n'a pas partagé l'avis de la majorité sur la question de la responsabilité concurrente. Citant les arrêts *Esso Petroleum* et *Dominion Chain*, le juge Zuber affirme, à la p. 54: [TRADUCTION] «Un avocat, étant une personne qui prétend posséder des compétences dans une profession, assume une responsabilité à la fois délictuelle et contractuelle s'il n'exerce pas ces compétences.» À ces arrêts on peut ajouter l'affaire *Jacobson Ford-Mercury Sales Ltd. v. Sivertz* (1979), 103 D.L.R. (3d) 480, dans laquelle un avocat a été poursuivi par un client pour avoir fait preuve de négligence dans la rédaction d'une option d'achat qui s'est révélée non exécutoire. La question liée à celle de la responsabilité concurrente était de savoir si l'action était prescrite. Le juge Kirke Smith de la Cour suprême de la Colombie-Britannique a appliqué les décisions *Esso Petroleum*, *Dominion Chain*, *Midland Bank Trust* et *Power* pour conclure que la responsabilité de l'avocat était aussi bien délictuelle que contractuelle et que l'action n'était pas prescrite parce que le délai de prescription commençait à courir à partir du moment où le préjudice a été découvert ou aurait dû raisonnablement l'être, c'est-à-dire lorsque le client a essayé de lever l'option et s'est buté à l'objection du caractère non exécutoire de celle-ci. Le juge Kirke Smith dit, à la p. 484:

> [TRADUCTION] En définitive, je conclus que dans le cas d'une personne qui exerce une profession libérale, comme c'est le cas du défendeur, la réclamation du client demandeur peut avoir un fondement soit contractuel, soit délictuel, selon «le fondement qui, suivant la loi, lui est le plus avantageux», pour reprendre les termes utilisés par le juge en chef Mifflin (à la p. 388) dans l'affaire *Power*.

J'ai appris que le 27 mars 1980 on s'est désisté de l'appel interjeté dans l'affaire *Jacobson*.

Dans l'arrêt *District of Surrey v. Carroll-Hatch & Associates Ltd.* (1979), 101 D.L.R. (3d) 218, la

British Columbia Court of Appeal held that an architect was liable in tort as well as contract to the owner of a building for failure to inform the owner, as he had been advised by an engineer retained by him, that a proper soils test was required to determine the load-bearing capacity of the soil. The engineer, who did not have a contract with the owner, was held to be liable in tort to the owner for negligent misstatement in failing, when giving a letter in the nature of a soils report and a certificate of compliance with the national building code, to inform the owner that a proper soils test had not been carried out and that there was a risk in proceeding with the construction of the building in the absence of such a test. The issue turning on the question of the concurrent liability of the architect was whether there could be apportionment of liability between the architect and the engineer under the *Contributory Negligence Act*. Hinkson J.A., delivering the unanimous judgment of the Court of Appeal, applied the principle of liability laid down by Lord Shaw in *Nocton v. Lord Ashburton* in holding that the architect was liable in tort to the owner for failure to warn the owner of the risk of proceeding with the construction upon the basis of an inadequate soils investigation. He held that *Nunes Diamonds* did not prevent a finding of concurrent liability in tort and contract in this case because there was no contractual limitation of liability in issue and the general question of concurrent liability in tort, where there is a contractual relationship, had been left open by the majority opinion of this Court in *Smith v. McInnis*. He said at pp. 236-37:

Cour d'appel de la Colombie-Britannique a conclu qu'un architecte avait une responsabilité à la fois délictuelle et contractuelle envers le propriétaire d'un édifice pour avoir omis de l'informer, comme lui avait conseillé de le faire un ingénieur dont il avait retenu les services, qu'il fallait procéder à une analyse adéquate du sol afin de déterminer sa capacité de charge. Il a été jugé que l'ingénieur, qui n'était pas lié par contrat avec le propriétaire, avait une responsabilité délictuelle envers ce dernier pour avoir fait par négligence une déclaration inexacte en omettant, au moment de remettre une lettre constituant une sorte de rapport sur le sol et un certificat de conformité avec le code national du bâtiment, d'informer le propriétaire qu'une analyse adéquate du sol n'avait pas été pratiquée et qu'à défaut d'une telle analyse, on ne pouvait procéder sans risque à la construction de l'édifice. La question liée à celle de la responsabilité concurrente de l'architecte était de savoir si la *Contributory Negligence Act* autorisait le partage de la responsabilité entre l'architecte et l'ingénieur. Le juge Hinkson, qui a rendu l'arrêt unanime de la Cour d'appel, a appliqué le principe de la responsabilité énoncé par lord Shaw dans l'arrêt *Nocton v. Lord Ashburton* pour conclure à la responsabilité délictuelle de l'architecte envers le propriétaire pour avoir omis de l'avertir du risque de procéder à la construction sur la foi d'une analyse inadéquate du sol. Il a jugé que l'arrêt *Nunes Diamonds* n'empêchait pas de conclure, en l'espèce, à l'existence d'une responsabilité concurrente ayant un fondement à la fois délictuel et contractuel puisque le contrat ne prévoyait aucune limitation de responsabilité et que la question générale de la responsabilité délictuelle concurrente dans une situation où il existe des liens contractuels était restée entière à la suite de l'opinion exprimée par cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Smith c. McInnis*. Selon le juge Hinkson, aux pp. 236 et 237:

> The decision in *J. Nunes Diamonds Ltd. v. Dominion Electric Protection Co., supra*, does not prevent the Court from finding Church liable for negligence as well as for breach of contract, in the present circumstances. In the *Nunes* case, the parties had by their contract agreed on the extent of the liability of the defendant in the event a breach of contract occurred. In those circumstances, it was held that it was not appropriate to rewrite the terms of the agreement between the parties

> [TRADUCTION] L'arrêt *J. Nunes Diamonds Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.*, précité, n'empêche pas la cour de conclure dans les présentes circonstances à la responsabilité de Church aussi bien pour négligence que pour rupture de contrat. Dans l'affaire *Nunes*, les parties s'étaient entendues dans leur contrat sur l'étendue de la responsabilité de la défenderesse en cas de rupture de contrat. On a jugé que, dans cette situation, il ne serait guère approprié de modifier les termes du

to impose a greater liability than that agreed upon between the parties. However, it is clear that a party to a contract may, because of the relationship established thereby between the parties, assume common law duties in addition to the obligations imposed by the contract. When such a duty is not performed, it is not then open to the negligent party to attempt to avoid the consequences of his negligence by invoking the contract, if its terms do not limit the liability.

. . .

While one view of the *Nunes* case might be that where the parties have a contractual relationship any claim lies only in contract, in the recent case of *Smith et al. v. McInnis et al.* (1978), 91 D.L.R. (3d) 190, [1978] 2 S.C.R. 1357, 25 N.S.R. (2d) 272 *sub nom. Webb Real Estate Ltd. et al. v. McInnnis et al.*, the Supreme Court of Canada in dealing with a claim against a solicitor left open the question whether a solicitor's liability to his client lies in tort or only in contract.

Canadian Western Natural Gas Co. v. Pathfinder Surveys Ltd. (1980), 12 Alta. L.R. (2d) 135, was a case in which concurrent liability was applied in favour of the defendant. The plaintiff gas company brought an action for breach of contract against the defendant surveyors for damage caused by an error in surveying and staking out a natural gas pipeline. The issue turning on the question of concurrent liability was whether the defendants could raise the defence of contributory negligence under *The Contributory Negligence Act*. A majority of the Alberta Court of Appeal (Prowse and Harradence JJ.A.) held that the defendant was liable to the plaintiff in tort as well as in contract, and that the plaintiff could not, by framing its action in contract alone, deprive the defendant of the defence of contributory negligence. Haddad J.A., dissenting, held that there had not been contributory negligence on the part of the plaintiff. On the question of concurrent liability Prowse J.A., who delivered the judgment of the majority, framed the issue as follows at p. 151: "The question being considered is whether facts which establish a breach of contract and arise from carelessness in the performance of a contract may be held to constitute a breach of the

contrat entre les parties de manière à imposer une responsabilité plus lourde que celle convenue par ces dernières. Il est cependant clair qu'une partie à un contrat peut, en raison des liens que ce contrat crée entre les parties, assumer des obligations de *common law* en sus de celles imposées par le contrat. S'il y a un manquement à une telle obligation, la partie qui a fait preuve de négligence ne saurait alors tenter d'échapper aux conséquences de sa négligence en invoquant le contrat si celui-ci ne comporte pas de clause limitant la responsabilité.

. . .

Selon une interprétation qu'on pourrait donner à l'arrêt *Nunes*, lorsque les parties sont liées par un contrat, une réclamation ne peut avoir d'autre fondement que le contrat. Toutefois, dans l'affaire récente *Smith et al. c. McInnis et al.* (1978), 91 D.L.R. (3d) 190, [1978] 2 R.C.S. 1357, 25 N.S.R. (2d) 272, sous le titre de *Webb Real Estate Ltd. et al. v. McInnis et al.*, la Cour suprême du Canada, en examinant une réclamation contre un avocat, a laissé entière la question de savoir si la responsabilité d'un avocat envers son client est délictuelle ou purement contractuelle.

Dans l'affaire *Canadian Western Natural Gas Co. v. Pathfinder Surveys Ltd.* (1980), 12 Alta. L.R. (2d) 135, le principe de la responsabilité concurrente a été appliqué en faveur de la défenderesse. La société gazière demanderesse a intenté contre la société d'arpentage défenderesse une action pour rupture de contrat par suite du préjudice résultant d'une erreur d'arpentage et d'une erreur dans le jalonnement d'un gazoduc. La question liée à celle de la responsabilité concurrente était de savoir si la défenderesse pouvait, en vertu de *The Contributory Negligence Act*, opposer comme moyen de défense la faute de la victime. La Cour d'appel de l'Alberta à la majorité (les juges Prowse et Harradence) a conclu que la responsabilité de la défenderesse envers la demanderesse était aussi bien délictuelle que contractuelle et que la demanderesse ne pouvait, en fondant son action uniquement sur le contrat, priver la défenderesse du moyen de défense fondé sur la faute de la victime. Le juge Haddad, dissident, est arrivé à la conclusion qu'il n'y avait pas eu de faute de la part de la victime demanderesse. Le juge Prowse, qui a rédigé les motifs de la majorité, a formulé ainsi la question de la responsabilité concurrente, à la p. 151: [TRADUCTION] «La question à l'étude est de

common law duty of care set out in *Donoghue v. Stevenson* and give rise to an action in tort between the parties to the contract." After consideration of the scope of the principle of tortious liability affirmed in that case and in *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, and an extensive review of the cases on concurrent liability, including *Nunes Diamonds*, *Esso Petroleum*, *Midland Bank Trust*, and *Dominion Chain*, Prowse J.A. concluded that a common law duty of care arose from the relationship of proximity or neighbourhood between the parties independently of the contract. He said at p. 152:

> The duty that arises at common law is not connected, in law, with the contract. The contract is only of historical interest and the presence or absence of a contract is not the test for determining whether the duty arises. That is determined by resolving whether the necessary relationship of proximity or neighbourhood is present, for one does not cease being a neighbour merely because he happens to be a party to a contract, unless the contract negates the duty.

Prowse J.A. held that the court should treat the plaintiff's action as being in substance one in tort permitting the defendant to raise the defence of contributory negligence under *The Contributory Negligence Act*, because that characterization would lead to a just result.

In *John Maryon International Ltd. v. New Brunswick Telephone Co.*, the respondent telephone company sued the appellant engineers for breach of contract and negligence in the design of a tower. The trial judge found the engineers liable for breach of contract but held that they could not be concurrently liable in tort. On the appeal to the New Brunswick Court of Appeal the issue which turned on the question of concurrent liability was the time at which the cause of action arose for purposes of determining the applicable statutory provision respecting jurisdiction to award interest.

savoir si des faits qui établissent l'existence d'une rupture de contrat et qui résultent d'une négligence dans l'exécution du contrat peuvent être considérés comme constituant un manquement à l'obligation de diligence en *common law* énoncée dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson* et s'ils peuvent donner lieu à une action délictuelle entre les parties au contrat.» Après avoir examiné la portée du principe de la responsabilité délictuelle posé dans cet arrêt et dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, [1978] A.C. 728, et après avoir procédé à une étude approfondie de la jurisprudence portant sur la responsabilité concurrente, dont les arrêts *Nunes Diamonds*, *Esso Petroleum*, *Midland Bank Trust* et *Dominion Chain*, le juge Prowse a conclu qu'une obligation de diligence en *common law* découlait des rapports étroits qui existaient entre les parties indépendamment du contrat. À la page 152, il affirme ce qui suit:

> [TRADUCTION] L'obligation qui découle en *common law* est sans lien juridique avec le contrat. Celui-ci ne revêt qu'un intérêt historique et l'existence ou l'inexistence d'un contrat n'est pas le critère qui permet de déterminer s'il y a une telle obligation. Cela est déterminé en établissant si les rapports étroits nécessaires sont présents, car ces rapports subsistent même pour une partie à un contrat, à moins que le contrat ne supprime l'obligation.

Le juge Prowse a conclu que la cour devait considérer l'action de la demanderesse comme fondée essentiellement sur un délit civil, de sorte que la défenderesse pouvait, en vertu de *The Contributory Negligence Act*, invoquer la faute de la victime comme moyen de défense, parce que c'est en qualifiant ainsi l'action qu'on allait s'assurer que justice soit rendue.

Dans l'affaire *John Maryon International Ltd. v. New Brunswick Telephone Co.*, la société de téléphone intimée a poursuivi la société d'ingénieurs appelante pour rupture de contrat et pour négligence dans la conception d'une tour. Le juge de première instance a conclu à la responsabilité des ingénieurs pour rupture de contrat, mais il a jugé qu'ils ne pouvaient en même temps avoir une responsabilité délictuelle. En appel devant la Cour d'appel du Nouveau-Brunswick, la question liée à celle de la responsabilité concurrente était de savoir quand la cause d'action avait pris naissance

The Court of Appeal held that there was a cause of action in tort as well as in contract, and that there was as a result jurisdiction to award interest. In the course of his very thorough discussion of the authorities and the issues on concurrent liability, La Forest J.A. (as he then was), who delivered the unanimous judgment of the Court of Appeal, made two points that appear in the earlier decisions to which I have referred. The first, that was emphasized in *Esso Petroleum* and *Midland Bank Trust*, is that it would be anomalous if a person who has assumed responsibility gratuitously is subject to the legal consequences of tortious liability for a particular act or omission but a person who has assumed such responsibility under contract is not. The second point, which was made in *Dominion Chain* and *District of Surrey*, is that *Nunes Diamonds* stands for the proposition that "the law of negligence will not be used to give a remedy to a person for a breach of contract for which he is absolved under the contract". La Forest J.A. concluded that he would rest the concurrent or alternative liability in tort of the engineers on the general principle of tortious liability applicable to their relationship to the owners rather than on an extension of the common callings and skilled professions category of concurrent liability to include the profession of engineer. He concluded on the issue of concurrent liability at pp. 232-33 as follows:

From the foregoing, I would conclude that N.B. Tel could properly bring an action concurrently in tort and in contract, though as Winfield notes it cannot, of course, recover twice in respect of the same damage. The attempt in the 19th century to create a barrier between tort and contract was contrary to the spirit of the common law which allowed various forms of action to be used in respect of the same facts. This was one of its instruments of growth. So too was the tendency to add to categories that fell within a form of action, a

aux fins de déterminer quelle disposition législative s'appliquait relativement à la compétence pour accorder des intérêts. La Cour d'appel a décidé que la cause d'action avait un fondement non seulement contractuel mais aussi délictuel et qu'en conséquence il y avait compétence pour accorder des intérêts. Dans son analyse très fouillée de la jurisprudence et des questions concernant la responsabilité concurrente, le juge La Forest (maintenant juge à la Cour suprême du Canada), qui a rendu l'arrêt unanime de la Cour d'appel, souligne deux points qui figurent aussi dans les décisions plus anciennes dont j'ai parlé. Selon le premier point, sur lequel on a insisté dans les arrêts *Esso Petroleum* et *Midland Bank Trust*, il serait anormal qu'une personne qui a engagé sa responsabilité à titre gracieux ait à supporter les conséquences juridiques de la responsabilité délictuelle pour un acte ou une omission donnés alors qu'il n'en va pas de même d'une personne qui a assumé cette responsabilité par voie contractuelle. Le second point, qui se dégage des arrêts *Dominion Chain* et *District of Surrey*, est que l'arrêt *Nunes Diamonds* appuie la proposition selon laquelle [TRADUCTION] «on ne saurait se servir du droit en matière de négligence pour accorder à une personne un redressement pour une rupture de contrat dont elle ne peut être tenue responsable aux termes du contrat». Le juge La Forest a décidé de fonder la responsabilité délictuelle concurrente ou alternative des ingénieurs sur le principe général de la responsabilité délictuelle applicable à leurs relations avec la propriétaire plutôt que sur une extension de la catégorie de la responsabilité concurrente englobant les professions publiques et les métiers spécialisés, de manière à inclure la profession d'ingénieur. Quant à la question de la responsabilité concurrente, le juge La Forest conclut, aux pp. 232 et 233:

[TRADUCTION] Compte tenu de ce qui précède, j'estime que N.B. Tel pouvait à bon droit intenter une action ayant un fondement à la fois délictuel et contractuel, même si, comme le souligne Winfield, elle ne peut évidemment pas se faire indemniser deux fois pour le même dommage. La tentative qu'on a fait au XIX^e^ siècle d'ériger une barrière entre les domaines délictuel et contractuel allait à l'encontre de l'esprit de la *common law* qui permettait d'intenter différents types d'actions relativement aux mêmes faits. C'était là un des

tendency sought for a time to be reversed in this context. But in England, at least, this tendency could not be resisted indefinitely. Nor could the broad sweep of the rationalizing principle of *Donoghue v. Stevenson*. The particular duties recognized in earlier law are now simply applications of the duty of care to one's "neighbour".

For these reasons, while I could dispose of this case by simply adding the profession of structural engineer to the list of common callings and skilled professions, I prefer to base my judgment on the generalized tort of negligence: in this context see the *Dominion Chain* and *Canadian Western* cases. I am fortified in the conclusion I have reached by the fact that it also appears to accord with the law in the United States as well as in England (see Brian Morgan, "The Negligent Contract-Breaker", 58 Can. Bar Rev. 299 (1980), and the view is overwhelmingly supported by the legal academic community. For example, Fleming's *The Law of Torts*, 5th ed. (1977), pp. 176-7, had this to say about the pre-*Esso Petroleum* and *Batty* situations:

> Curiously, the cases reflect a widespread assumption that only one duty, tortious or contractual, can arise out of a particular set of facts: thus the search for the "substance", "gist" or "gravamen" of the action, regardless of the form of pleading. This is certainly out of spirit with the tradition of the old forms of action and the modern procedural policy of permitting a plaintiff to cumulate causes of action or at least elect the one most favourable to him.

The judgment of La Forest J.A. on the issue of concurrent liability in *John Maryon* was quoted with approval and applied by the Nova Scotia Supreme Court, Appeal Division, in *Attorney-General of Nova Scotia v. Aza Avramovitch Associates Ltd.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 588, and by the Ontario Court of Appeal in *Consumers Glass Co. v. Foundation Co. of Canada/Compagnie Foundation du Canada* (1985), 20 D.L.R. (4th) 126. In *Avramovitch*, where the issue was the right to contribution under the *Tortfeasors Act*, an architect was held to be liable in tort as well as contract to the owner of a building for negligent location of a sewage system. In

moyens d'assurer l'évolution de la *common law*. Il en était de même de la tendance à à accroître les catégories qui relevaient d'un type d'action, tendance qu'on a pendant un certain temps essayé de renverser dans ce contexte. Mais en Angleterre du moins, on ne pouvait indéfiniment résister à cette tendance ni échapper à la portée générale du principe de rationalisation énoncé dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*. Les obligations précises que le droit reconnaissait jadis ne sont plus maintenant que de simples applications de l'obligation de diligence envers son «prochain».

Pour ces raisons, bien qu'il soit possible de trancher cette affaire par la simple addition de la profession d'ingénieur des charpentes à la liste des professions publiques et des métiers spécialisés, je préfère fonder mon jugement sur le délit civil général de négligence: dans ce contexte, voir les arrêts *Dominion Chain* et *Canadian Western*. Je suis renforcé dans ma conclusion par le fait qu'elle paraît concorder aussi avec le droit en vigueur aux États-Unis ainsi qu'en Angleterre (voir Brian Morgan, «The Negligent Contract-Breaker», 58 R. du B. can. 299 (1980)). De plus, ce point de vue jouit d'un appui massif de la part des juristes. Voici, par exemple, ce que dit Fleming dans *The Law of Torts*, 5th ed. (1977), aux pp. 176 et 177, concernant la situation antérieure aux arrêts *Esso Petroleum* et *Batty*:

> Chose curieuse, la jurisprudence tient généralement pour acquis qu'un ensemble de faits donnés ne peut donner naissance qu'à une seule obligation, soit délictuelle, soit contractuelle: d'où la recherche de l'«essence» ou du «fondement» de l'action, indépendamment de la forme des procédures. Cela va certainement à l'encontre de la tradition des anciennes formes d'action et de la politique moderne en matière de procédure qui permet à un demandeur de cumuler les causes d'action ou, à tout le moins, de choisir celle qui lui est la plus avantageuse.

L'opinion qu'a exprimée le juge d'appel La Forest sur la question de la responsabilité concurrente dans l'arrêt *John Maryon* a été citée, approuvée et appliquée par la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse dans l'arrêt *Attorney-General of Nova Scotia v. Aza Avramovitch Associates Ltd.* (1984), 11 D.L.R. (4th) 588, et par la Cour d'appel de l'Ontario dans l'arrêt *Consumers Glass Co. v. Foundation Co. of Canada/Compagnie Foundation du Canada* (1985), 20 D.L.R. (4th) 126. Dans l'affaire *Avramovitch*, où il était question du droit à une contribution en vertu de la *Tortfeasors Act*, on a jugé qu'un architecte avait une responsabilité aussi bien

Consumers Glass, where the issue was whether the action was statute-barred, a contractor and engineers were held to be liable to the owner of a wareshed in tort as well as in contract for the damage caused by the collapse of a roof. The Court of Appeal also held, however, that the same test respecting the limitation of actions applied, whether the liability was in contract or in tort: the cause of action did not arise until such time as the plaintiff discovered or ought reasonably to have discovered the facts with respect to which the remedy was being sought.

délictuelle que contractuelle envers le propriétaire d'un édifice pour avoir fait preuve de négligence dans le choix d'un emplacement pour un système d'égouts. Dans l'affaire *Consumers Glass*, où il s'agissait de déterminer si l'action était prescrite, on a conclu qu'un entrepreneur et des ingénieurs avaient envers la propriétaire d'un hangar pour l'entreposage de marchandises une responsabilité à la fois délictuelle et contractuelle pour les dommages causés par l'effondrement du toit. Toutefois, la Cour d'appel a conclu également que le critère à appliquer en matière de prescription était le même, que la responsabilité fût contractuelle ou délictuelle: la cause d'action n'a pris naissance qu'au moment où la demanderesse a découvert ou aurait dû raisonnablement découvrir les faits à l'égard desquels elle demandait réparation.

Before turning to a consideration of decisions in other common law jurisdictions on the question of concurrent liability it is convenient to refer to the recent expressions of judicial opinion in England having a bearing on this question in *Leigh and Sillivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1985] 2 W.L.R. 289 (C.A.), and *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank. Leigh and Sillivan* involved the effect on a third party's right of action in tort of provisions limiting liability in the contract out of which the alleged relationship of proximity arose. The buyer of goods under a c. and f. contract sued the owners of a vessel that was under a time charter for the loss caused by damage to the goods as a result of bad stowage. The Court of Appeal held that the buyers did not have a right of action in contract against the shipowners because ownership had not passed to the buyers as required by s. 1 of the *Bills of Lading Act*, 1855 and that there was no implied contract with the shipowners arising from the buyers having taken delivery of the goods upon presentation of the bill of lading because the buyers did so as the agents of the sellers under their agreement with the latter. A majority of the Court (Sir John Donaldson M.R. and Oliver J.) held, applying *Margarine Union G.m.b.H. v. Cambay Prince Steamship Co. (The "Wear Breeze")*, [1969] 1 Q.B. 219, that the buyers did not have a right of action in tort against the shipowners because they did not have the ownership or a right to immediate possession of

Avant d'entreprendre un examen des décisions d'autres ressorts de *common law* portant sur la question de la responsabilité concurrente, il convient de mentionner, en raison de leur effet sur cette question, les opinions exprimées récemment par les tribunaux anglais dans les affaires *Leigh and Sillivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.*, [1985] 2 W.L.R. 289 (C.A.), et *Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank*. Dans l'affaire *Leigh and Sillivan*, il était question de l'effet que pouvait avoir sur le droit d'un tiers d'intenter une action délictuelle la limitation de responsabilité stipulée par le contrat à l'origine des prétendus rapports étroits. L'acheteuse de marchandises en vertu d'un contrat de coût et fret a poursuivi la propriétaire d'un navire faisant l'objet d'un affrètement à terme pour les pertes résultant des avaries causées aux marchandises par suite d'un arrimage défectueux. La Cour d'appel a jugé que l'acheteuse n'avait pas le droit d'intenter contre la propriétaire du navire une action fondée sur le contrat parce que le titre de propriété n'avait pas été transmis à l'acheteuse comme l'exigeait l'art. 1 de la *Bills of Lading Act*, 1855 et qu'il n'existait avec la propriétaire du navire aucun contrat implicite découlant de ce que l'acheteuse avait pris livraison des marchandises à la présentation du connaissement, puisqu'elle l'avait fait en tant que mandataire des vendeurs conformément à son entente avec ces derniers. La cour à la majorité (le maître des rôles sir John Donaldson et le juge

the goods at the time the damage occurred. The majority gave as a further consideration for adhering to the decision in *The "Wear Breeze"* that to admit a liability in tort in such a case would be to impose on the shipowners a greater liability than they had under the Hague Rules in the contract of carriage, which was the bargain on which they had agreed to carry the goods. The majority were of the view that a tortious duty of care in such a case could not be made subject, as a matter of legal principle, to the contractual provisions limiting liability. Sir John Donaldson put it thus at p. 301:

> I have, of course, considered whether any duty of care owed in tort to the buyer could in some way be equated to the contractual duty of care owed to the shipper, but I do not see how this could be done. The commonest form of contract of carriage by sea is one on the terms of the Hague Rules. But this is an intricate blend of responsibilities and liabilities (Article III), rights and immunities (Article IV), limitations in the amount of damages recoverable (Article IV, r. 5), time bars (Article III, r. 6) evidential provisions (Article III, rr. 4 and 6), indemnities (Article III, r. 5 and Article IV, r. 6) and liberties (Article IV, rr. 4 and 6). I am quite unable to see how these can be synthesised into a standard of care.

Robert Goff L.J. was of the view that contrary to *The "Wear Breeze"*, which he held should be overruled, a c. and f. buyer should have a direct action in tort against a shipowner for damage caused to goods in transit, but that the liability of the shipowner should and would be subject to any exclusions or limitations in the bill of lading. He said that if that were not possible he would not be prepared to recognize a direct action in tort by the

Oliver) a conclu, en appliquant la décision *Margarine Union G.m.b.H. v. Cambay Prince Steamship Co. (The «Wear Breeze»)*, [1969] 1 Q.B. 219, que l'acheteuse n'avait pas le droit d'intenter une action délictuelle contre la propriétaire du navire parce que, au moment où les avaries sont survenues, elle n'avait ni la propriété des marchandises ni un droit à leur possession immédiate. La cour à la majorité a justifié en outre son application de la décision *The «Wear Breeze»* en disant qu'admettre l'existence d'une responsabilité délictuelle dans un tel cas reviendrait à imposer à la propriétaire du navire une responsabilité plus lourde que celle que, suivant les Règles de La Haye, lui imposait le contrat de transport qui énonçait les conditions auxquelles elle avait accepté de transporter les marchandises. La Cour à la majorité a estimé que, dans un tel cas, aucun principe de droit ne permettait qu'une obligation de diligence en matière délictuelle soit assujettie aux clauses du contrat limitant la responsabilité. Sir John Donaldson s'exprime ainsi, à la p. 301:

> [TRADUCTION] Bien entendu, je me suis penché sur la question de savoir si une obligation de diligence en matière délictuelle envers l'acheteur pourrait de quelque manière être assimilée à l'obligation contractuelle de diligence envers l'expéditeur, mais je ne vois pas comment cela pourrait se faire. La forme la plus courante du contrat de transport par mer est celui qui reprend les stipulations des Règles de La Haye. Mais ces règles comportent un mélange complexe de responsabilités et d'obligations (article III), de droits et d'exemptions (article IV), de restrictions quant au montant des dommages-intérêts qu'on peut toucher (article IV, règle 5), de délais de prescription (article III, règle 6), de dispositions en matière de preuve, (article III, règles 4 et 6), de clauses d'indemnisation (article III, règle 5, et article IV, règle 6) et de libertés (article IV, règles 4 et 6). Je ne vois pas du tout comment ces éléments peuvent être synthétisés en une norme de diligence.

Le lord juge Robert Goff s'est dit d'avis que, contrairement à ce qu'on disait dans la décision *The «Wear Breeze»*, laquelle, selon lui, devait être rejetée, un acheteur en vertu d'un contrat de coût et fret devrait pouvoir intenter une action délictuelle directe contre le propriétaire d'un navire pour les avaries causées à des marchandises en transit, mais que la responsabilité du propriétaire du navire devrait être et serait assujettie à toute

buyer. In this particular case he was of the opinion that the shipowners were not liable in tort for damage caused by the bad stowage because the stowage was the responsibility of the time charterers.

In *Tai Hing* the issue of concurrent liability was whether a customer owed a duty of care in tort to his bank to adopt certain procedures with respect to the operation of his current account to prevent and detect forgeries of his cheques. The precise issue was whether, if the customer's duty by reason of the implied terms of the contract with his bank was limited to drawing his cheques in such a manner as not to facilitate fraud or forgery and to advising his bank of any unauthorized cheque drawn on his account as soon as he became aware of it, he had a wider duty in tort, arising from the relationship of proximity to the bank, to take reasonable precautions in the management of his business to prevent forgery and to verify his monthly bank statements to enable him to notify the bank of any unauthorized item. The Hong Kong Court of Appeal, [1984] 1 Lloyd's L.R. 555, held that this wider duty existed both as an implied term of the contract and as a common law duty of care on the basis of the principle affirmed in *Anns v. Merton London Borough Council*. Reference was also made by Hunter J. to *Esso Petroleum* and *Midland Bank Trust*. The Judicial Committee of the Privy Council held that the customer's duty, whether in contract or in tort, was the narrower one indicated above. Lord Scarman, who delivered the judgment of the Judicial Committee, spoke against concurrent liability as a matter of general principle, but held, without deciding whether the customer had a duty in tort as well as in contract, that in any event the duty in tort could not be any greater than that imposed by the implied terms of the contract. After stating that it was, in their Lordship's opinion, "correct in principle and necessary for the avoidance of confusion in the law to adhere to the contractual analysis: on principle because it is a relationship in which the parties have, subject to a few exceptions,

exonération ou limitation stipulée par le connaissement. Il a souligné que, dans l'hypothèse où cela se révèlerait impossible, il ne serait pas prêt à reconnaître à l'acheteur un droit d'action délictuelle directe. À son avis, dans l'affaire dont il se trouvait saisi, la propriétaire du navire n'avait aucune responsabilité délictuelle pour les avaries résultant de l'arrimage défectueux parce que l'arrimage était la responsabilité des affréteurs à terme.

Dans l'affaire *Tai Hing*, la question liée à la responsabilité concurrente était de savoir si un client avait envers sa banque une obligation de diligence en matière délictuelle, pour ce qui était de prendre certaines mesures relativement à l'utilisation de son compte courant afin d'empêcher et de découvrir toute falsification de ses chèques. La question précise était de savoir si, à supposer que l'obligation du client découlant des conditions implicites de son contrat avec la banque ait consisté uniquement à tirer ses chèques de manière à rendre difficile la fraude ou le faux et à aviser sa banque, dès qu'il en avait connaissance, de tout chèque non autorisé tiré sur son compte, ses rapports étroits avec la banque lui imposaient la responsabilité plus large en matière délictuelle de prendre des précautions raisonnables dans la gestion de ses affaires de manière à empêcher le faux, et de vérifier ses relevés bancaires mensuels pour pouvoir informer la banque de toute irrégularité. La Cour d'appel de Hong Kong, [1984] 1 Lloyd's L.R. 555, a conclu que cette obligation plus large existait à la fois en tant que condition implicite du contrat et en tant qu'obligation de diligence en *common law* fondée sur le principe posé dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*. Le juge Hunter s'est aussi référé à l'arrêt *Esso Petroleum* et à la décision *Midland Bank Trust*. Le Comité judiciaire du Conseil privé a conclu que l'obligation du client, qu'il s'agisse d'une obligation contractuelle ou délictuelle, était celle de portée plus étroite susmentionnée. Lord Scarman, qui a prononcé l'arrêt du Comité judiciaire, a préconisé comme principe général le rejet de la responsabilité concurrente, mais il a conclu, sans décider si le client avait une obligation aussi bien délictuelle que contractuelle, qu'en tout état de cause l'obligation en matière délictuelle ne pouvait pas être plus lourde que celle imposée par les

the right to determine their obligations to each other, and for the avoidance of confusion because different consequences do follow according to whether liability arises from contract or tort, eg in the limitation of action" (citing in support of this proposition something said by Lord Radcliffe in *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, at p. 587), Lord Scarman said at p. 957:

> Their Lordships do not, therefore, embark on an investigation whether in the relationship of banker and customer it is possible to identify tort as well as contract as a source of the obligations owed by the one to the other. Their Lordships do not, however, accept that the parties' mutual obligations in tort can be any greater than those to be found expressly or by necessary implication in their contract. If, therefore, as their Lordships have concluded, no duty wider than that recognised in *Macmillan* and *Greenwood* can be implied into the banking contract in the absence of express terms to that effect, the respondent banks cannot rely on the law of tort to provide them with greater protection than that for which they have contracted.

I turn now to a consideration of decisions in other common law jurisdictions on the question of concurrent liability. In *Finlay v. Murtagh*, the Supreme Court of Ireland (O'Higgins C.J., Henchy, Griffin, Kenny and Parke JJ.), on appeal from the High Court, held that a solicitor who had been retained by a client to act for him in a claim for damages for personal injury was liable to the client in tort as well as in contract for failure to institute an action within the limitation period. The Court applied the distinction, reflected in the test laid down by Greer L.J. in *Jarvis, Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.*, at p. 405, which I quoted earlier, between a cause of action based on a special obligation or duty created by the express terms of a retainer (sometimes referred to

termes implicites du contrat. Après avoir souligné que, selon leurs Seigneuries, il était [TRADUCTION] «correct en principe et nécessaire pour éviter la confusion dans le droit de souscrire à l'analyse contractuelle: en principe, parce qu'il s'agit de relations dans lesquelles les parties ont, sous réserve de quelques exceptions, le droit de déterminer leurs obligations mutuelles, et pour éviter la confusion, parce que différentes conséquences s'ensuivent selon que la responsabilité a un fondement contractuel ou délictuel, comme par exemple, en matière de prescription» (citant à l'appui de cette proposition certains propos tenus par lord Radcliffe dans l'arrêt *Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.*, à la p. 587), lord Scarman ajoute, à la p. 957:

> [TRADUCTION] Par conséquent, leurs Seigneuries n'entendent pas examiner si, dans les relations entre banquier et client, il est possible de considérer les obligations d'une partie envers l'autre comme ayant un fondement non seulement contractuel mais aussi délictuel. Leurs Seigneuries écartent toutefois l'idée que les obligations mutuelles des parties en matière délictuelle peuvent être plus lourdes que celles qui découlent expressément ou implicitement de leur contrat. Si, en conséquence, comme l'ont conclu leurs Seigneuries, on ne saurait, à défaut de stipulations expresses dans ce sens, conclure que le contrat bancaire prévoit implicitement une obligation de portée plus large que celle reconnue dans les décisions *Macmillan* et *Greenwood*, les banques intimées ne peuvent invoquer le droit en matière de responsabilité délictuelle pour obtenir une protection plus grande que celle stipulée par le contrat.

Je passe maintenant à l'examen de la jurisprudence d'autres ressorts de *common law* sur la question de la responsabilité concurrente. Dans l'arrêt *Finlay v. Murtagh*, la Cour suprême d'Irlande (le juge en chef O'Higgins et les juges Henchy, Griffin, Kenny et Parke), qui se trouvait saisie d'un appel interjeté contre une décision de la Haute Cour, a conclu que l'avocat d'un client qui avait retenu ses services pour le représenter dans une demande de dommages-intérêts pour lésions corporelles avait envers ce client une responsabilité aussi bien délictuelle que contractuelle pour l'omission d'intenter une action dans le délai imparti. La cour a appliqué la distinction, qui ressort du critère énoncé par le lord juge Greer dans la décision *Jarvis, Moy, Davies, Smith, Van-*

as a "special contract") and a cause of action based on an implied term of the retainer to exercise reasonable care and skill and a co-extensive common law duty of care. The Court based the tortious liability of a solicitor on the principle affirmed in *Hedley Byrne*, as applying to a person who "undertakes to show professional care and skill towards a person who may be expected to rely on such care and skill and who does so rely", and it held that the *Hedley Byrne* principle, as indicated by the speeches in the House of Lords in that case, was not confined to non-contractual relationships. The Court held that since a solicitor may be liable in tort to persons with whom he has no contractual relationship (such as one for whom he acts gratuitously or a third party injured by his negligence) there is no reason in principle why he should not be liable in tort for the same negligence to a client with whom he has a contractual relationship. As Henchy J. put it at p. 257, subject to the qualification for the case of necessary reliance for the cause of action on a special contractual obligation or duty not falling within the scope of the common law duty of care, "For the same default there should be the same cause of action." The Court referred to *Midland Bank Trust*, *Batty* and *Photo Production* in concluding in favour of concurrent liability.

The position in New Zealand, which has been opposed to concurrent liability for professional negligence, was established in 1972 in *McLaren Maycroft & Co. v. Fletcher Development Co.*, where the Court of Appeal held that the liability of engineers for alleged failure to exercise the requisite professional care and skill in the supervision of the carrying out of an earthwork contract was in contract only. The Court followed *Bagot*,

dervell & Co., à la p. 405, que j'ai reproduit plus haut, entre une cause d'action fondée sur une obligation spéciale imposée expressément dans le mandat confié à l'avocat (appelé parfois «contrat spécial») et une cause d'action fondée sur une condition implicite du mandat, portant obligation de faire preuve de diligence et de compétence raisonnables, ainsi que sur une obligation de diligence de même étendue en *common law*. La cour a fondé la responsabilité délictuelle de l'avocat sur le principe énoncé dans l'arrêt *Hedley Byrne*, disant que ce principe s'applique à une personne qui [TRADUCTION] «s'engage à faire preuve de diligence et de compétence professionnelles envers une personne dont on peut s'attendre qu'elle se fie à cette diligence et à cette compétence et qui le fait effectivement», et elle a conclu que l'application du principe posé par l'arrêt *Hedley Byrne*, comme l'indiquent les propos de la Chambre des lords dans cette affaire, ne se limitait pas à des liens non contractuels. La cour a jugé que, puisqu'un avocat peut avoir une responsabilité délictuelle envers des personnes avec qui il n'est pas lié par contrat (comme, par exemple, une personne pour laquelle il agit gratuitement ou encore une tierce personne lésée par suite de sa négligence), il n'y a aucune raison de principe pour laquelle la même faute ne devrait pas engager sa responsabilité délictuelle envers un client avec lequel il a des liens contractuels. Comme le dit le juge Henchy, à la p. 257, sous réserve de l'exception applicable au cas où la cause d'action est nécessairement fondée sur une obligation contractuelle spéciale qui échappe à la portée de l'obligation de diligence en *common law*, [TRADUCTION] «Une même faute doit donner lieu à une même cause d'action.» La cour a invoqué les décisions *Midland Bank Trust*, *Batty* et *Photo Production* en concluant à l'existence d'une responsabilité concurrente.

La position néo-zélandaise, qui s'oppose à la responsabilité concurrente pour négligence professionnelle, a été adoptée en 1972 dans l'arrêt *McLaren Maycroft & Co. v. Fletcher Development Co.*, où la Cour d'appel a conclu à la nature purement contractuelle de la responsabilité d'ingénieurs pour l'omission de faire preuve de la diligence et de la compétence professionnelles requises dans la surveillance de l'exécution d'un contrat de

quoting the statement from the judgment of Diplock L.J. which I have quoted earlier in these reasons. In *Rowe v. Turner Hopkins & Partners*, [1982] 1 N.Z.L.R. 178, where a solicitor was held not to have been negligent, Cooke and Roper JJ. in the Court of Appeal expressed the view that *McLaren Maycroft* required reconsideration in view of later English decisions bearing on the question of concurrent liability, such as *Midland Bank Trust*. As far as I have been able to ascertain that has not yet been done by the Court of Appeal. There is a very full analysis of *McLaren Maycroft* and its effect on the New Zealand jurisprudence in French, op. cit., in which the author concludes at pp. 314-15 in favour of concurrent liability.

The Australian position on concurrent liability is reflected in *Aluminum Products (Qld.) Pty. Ltd. v. Hill*, and *Macpherson & Kelley v. Kevin J. Prunty & Associates*. In *Aluminum Products* a majority of the Full Court of the Supreme Court of Queensland (Douglas and Campbell JJ.), Connolly J. dissenting, held on a stated case, following *Midland Bank Trust* and *Ross v. Caunters*, that the liability of a solicitor, if any, to a client for the release of mortgage moneys in return for a mortgage executed by a non-existent company would be in tort as well as contract. In his dissenting opinion Connolly J. expressed the view that *Groom v. Crocker* was correctly decided and that *Hedley Byrne* did not apply to a contractual relationship. In *Macpherson & Kelley*, a majority of the Full Court of the Supreme Court of Victoria (Lush and Beach JJ.), Murphy J. dissenting, followed *Midland Bank Trust* and *Aluminum Products* in holding that a retained solicitor was liable to a client in tort as well as in contract for failure to institute an action within the limitation period. In his dissenting opinion, in which he referred to *McLaren Maycroft*, Murphy J. said at p. 587: "I believe that it is unarguable that where there is a contract then it is, together with its incidents both express and implied, the sole measure of the duties of the parties to one another. Irrespective of how the action is pleaded, the plaintiff cannot recover more

terrassement. La cour a suivi la décision *Bagot* dont elle a cité l'extrait déjà reproduit des motifs du lord juge Diplock. Dans l'arrêt *Rowe v. Turner Hopkins & Partners*, [1982] 1 N.Z.L.R. 178, où l'on a conclu qu'un avocat n'avait pas fait preuve de négligence, les juges Cooke et Roper de la Cour d'appel ont exprimé l'avis qu'il y avait lieu de réviser l'arrêt *McLaren Maycroft* en fonction de certaines décisions anglaises subséquentes, telles que *Midland Bank Trust*, portant sur la question de la responsabilité concurrente. Autant que je sache, la Cour d'appel ne l'a pas fait encore. On trouve une analyse très détaillée de l'arrêt *McLaren Maycroft* et de son effet sur la jurisprudence néo-zélandaise, dans French, précité, où, aux pp. 314 et 315, l'auteur se prononce en faveur de la responsabilité concurrente.

La position australienne sur la responsabilité concurrente se dégage des arrêts *Aluminum Products (Qld.) Pty. Ltd. v. Hill* et *Macpherson & Kelley v. Kevin J. Prunty & Associates*. Dans l'affaire *Aluminum Products*, la Cour suprême du Queensland siégeant au complet se trouvait saisie d'une procédure par voie d'exposé de cause. La cour à la majorité (les juges Douglas et Campbell), le juge Connolly étant dissident, a suivi les décisions *Midland Bank Trust* et *Ross v. Caunters* pour conclure que la responsabilité que peut avoir un avocat envers son client pour avoir libéré des fonds hypothécaires en échange d'une hypothèque consentie par une société inexistante, est aussi bien délictuelle que contractuelle. Dans ses motifs de dissidence, le juge Connolly s'est dit d'avis que l'arrêt *Groom v. Crocker* était juste et que l'arrêt *Hedley Byrne* ne s'appliquait pas à des liens contractuels. Dans l'affaire *Macpherson & Kelley*, la Cour suprême de Victoria siégeant au complet a, à la majorité (les juges Lush et Beach), le juge Murphy étant dissident, suivi la décision *Midland Bank Trust* et l'arrêt *Aluminum Products* pour conclure qu'un avocat avait envers un client qui avait retenu ses services une responsabilité non seulement contractuelle mais aussi délictuelle pour ne pas avoir intenté une action dans le délai imparti. Dans ses motifs de dissidence où il mentionne l'arrêt *McLaren Maycroft*, le juge Murphy affirme à la p. 587: [TRADUCTION] «Je crois qu'il est incontestable que, lorsqu'il y a un contrat, ce

than the defendant was obliged to perform under the contractual duties imposed upon him."

Liability in tort for breach of a duty of care arising out of a relationship created by contract, including that between attorney and client, is well established in the United States. See Prosser, *Handbook of the Law of Torts* (4th ed. 1971), p. 617, where it is said: "The principle which seems to have emerged from the decisions in the United States is that there will be liability in tort for misperformance of a contract whenever there would be liability for gratuitous performance without the contract". A leading case, which has frequently been cited, is *Flint & Walling Mfg. Co. v. Beckett*, 79 N.E. 503 (Ind. 1906), in which the principle or rationale underlying such liability is stated as follows at p. 505:

It is, of course, true that it is not every breach of contract which can be counted on as a tort, and it may also be granted that if the making of a contract does not bring the parties into such a relation that a common-law obligation exists, no action can be maintained in tort for an omission properly to perform the undertaking. It by no means follows, however, that this common-law obligation may not have its inception in contract. If a defendant may be held liable for the neglect of a duty imposed on him, independently of any contract, by operation of law, a fortiori ought he to be liable where he has come under an obligation to use care as the result of an undertaking founded on a consideration. Where the duty has its roots in contract, the undertaking to observe due care may be implied from the relationship, and should it be the fact that a breach of the agreement also constitutes such a failure to exercise care as amounts to a tort, the plaintiff may elect, as the common-law authorities have it, to sue in case or in assumpsit.

The following statement of the principle in 38 *Am. Jur.*, Negligence § 20, is also cited in the cases:

n'est qu'en fonction de ce contrat et de tout ce qui en découle expressément et implicitement que doivent être déterminées les obligations respectives des parties. Quel que soit le fondement de l'action, le demandeur ne peut obtenir du défendeur plus que ce qu'il était tenu d'exécuter en raison de ses obligations contractuelles.»

La responsabilité délictuelle pour manquement à l'obligation de diligence qui résulte de liens créés par un contrat, y compris les relations entre avocat et client, est une chose bien établie aux États-Unis. Voir Prosser, *Handbook of the Law of Torts* (4th ed. 1971), à la p. 617, où l'on dit: [TRADUCTION] «Le principe qui semble s'être dégagé de la jurisprudence aux États-Unis est que la mauvaise exécution d'un contrat entraîne la responsabilité délictuelle chaque fois qu'il y aurait responsabilité pour exécution à titre gracieux en l'absence d'un contrat.» Une décision de principe, souvent citée, est *Flint & Walling Mfg. Co. v. Beckett*, 79 N.E. 503 (Ind. 1906), dans laquelle le principe ou le raisonnement qui sous-tend une telle responsabilité est énoncé ainsi à la p. 505:

[TRADUCTION] Il est vrai, bien entendu, que ce n'est pas toute rupture de contrat qui peut être considérée comme un délit civil, et on peut également tenir pour acquis que, si la passation d'un contrat ne crée pas entre les parties des liens qui font naître une obligation en *common law*, l'omission de bien exécuter le contrat ne peut donner lieu à une action ayant un fondement délictuel. Toutefois, il ne s'ensuit pas du tout que cette obligation en *common law* ne peut pas tirer son origine d'un contrat. Si un défendeur peut, de par la loi, indépendamment de tout contrat, être déclaré responsable du manquement à une obligation qui lui incombe, a fortiori sa responsabilité doit être engagée quand une obligation de faire preuve de diligence lui est imposée par suite d'un engagement fondé sur une contrepartie. Lorsque l'obligation procède d'un contrat, l'engagement de faire preuve de diligence raisonnable peut être déduite des liens entre les intéressés, et, dans l'hypothèse où l'inexécution de l'entente constituerait également une omission de faire preuve de diligence qui équivaudrait à un délit civil, le demandeur peut, suivant la *common law*, choisir entre une action pour atteinte indirecte ou «*in assumpsit*».

La jurisprudence cite également l'énoncé suivant du principe, tiré de 38 *Am. Jur.*, Negligence § 20:

Ordinarily, a breach of contract is not a tort, but a contract may create the state of things which furnishes the occasion of a tort. The relation which is essential to the existence of the duty to exercise care may arise through an express or implied contract. Accompanying every contract is a common-law duty to perform with care, skill, reasonable expedience and faithfulness the thing agreed to be done, and a negligent failure to observe any of these conditions is a tort, as well as a breach of the contract. In such a case, the contract is mere inducement creating the state of things which furnishes the occasion of the tort. In other words, the contract creates the relation out of which grows the duty to use care.

[TRADUCTION] Normalement, la rupture de contrat n'est pas un délit civil, mais un contrat peut créer une situation qui fournit l'occasion de commettre un délit civil. Les liens dont l'existence est essentielle pour qu'il y ait obligation de faire preuve de diligence peuvent naître d'un contrat exprès ou implicite. Chaque contrat comporte une obligation en *common law* de faire preuve de diligence, de compétence, de promptitude raisonnable et de fidélité dans l'exécution de l'objet du contrat, et l'omission par négligence d'observer l'une quelconque de ces conditions constitue un délit civil en plus d'une rupture de contrat. En pareil cas, le contrat n'est qu'une incitation créant la situation qui fournit l'occasion de commettre le délit civil. En d'autres termes, le contrat fait naître les liens dont découle l'obligation de diligence.

What is not clearly or consistently established is the approach of the courts to the choice of rule or result in a case in which the action may be characterized as being in both contract and tort and different legal consequences flow from the two kinds of liability. This question is very fully examined in Prosser, "The Borderland of Tort and Contract," in *Selected Topics on the Law of Torts* (1953), where the author sums up the state of the law in his conclusion on pp. 450-51 as follows:

Là où il n'y a ni clarté ni constance c'est dans la façon dont les tribunaux abordent le choix d'une règle ou d'un résultat dans un litige où l'action peut être qualifiée comme ayant un fondement à la fois contractuel et délictuel et où des conséquences juridiques différentes découlent des deux types de responsabilité. Cette question fait l'objet d'un examen très approfondi dans Prosser, «The Borderland of Tort and Contract», dans *Selected Topics on the Law of Torts* (1953), où, dans sa conclusion aux pp. 450 et 451, l'auteur résume ainsi l'état du droit:

Taking New York as a typical jurisdiction, and an injury to a passenger at the hands of a carrier as a typical case, the action takes on the color of tort or contract with a facility which a chameleon might envy. It is contract for purposes of jurisdiction, the recovery of interest, survival of the action, the effect of a limiting term of the contract, and of the application of contract rules of the conflict of laws. It becomes tort for purposes of the statute of limitation, the measure of damages, recovery for wrongful death, and of the assignability of the cause of action. Change the state, or make the injury one to goods, and different results follow in many respects. Sometimes the plaintiff is permitted to elect his cause of action; sometimes he is told what it must be; sometimes he is told that it must be contract, sometimes that it must be tort.

[TRADUCTION] Si l'on prend New York comme un ressort typique et si l'on prend le préjudice causé à un passager par un transporteur comme cas typique, l'action peut, avec une facilité qui ferait l'envie d'un caméléon, prendre une apparence soit délictuelle, soit contractuelle. Du point de vue de la compétence, de l'attribution d'intérêts, de la recevabilité de l'action, de l'effet d'une clause restrictive contenue dans le contrat et de l'application des règles du droit international privé en matière contractuelle, l'action revêt un caractère contractuel. Elle devient toutefois délictuelle aux fins de la prescription, du calcul des dommages-intérêts, de l'obtention d'une indemnité en cas de décès causé par la faute d'autrui et de la cessibilité de la cause d'action. Par ailleurs, si on se trouvait dans un autre État ou s'il s'agissait d'un dommage causé à des marchandises, les conséquences seraient différentes à bien des égards. Parfois il est permis au demandeur de choisir sa cause d'action; parfois la cause d'action lui est imposée; tantôt on lui dit que la cause d'action doit être contractuelle, tantôt qu'elle doit être délictuelle.

The situation is described in Prosser, Wade and Schwartz, *Cases and Materials on Torts* (6th ed. 1976), as follows at pp. 457-58:

> In these situations the courts have proceeded along two different lines. One is to permit the plaintiff to choose the theory of his action, and dispose of the particular question accordingly . . . .
>
> On the other hand, some courts will not give the plaintiff this latitude. Rather, the court will determine the "gravamen" or "gist" of the action, which is to say the essential facts on which the plaintiff's claim rests . . . .
>
> As these cases suggest, there is little consistency in the decisions, even in a single state; although many courts have tended to look to the policy underlying the particular rule of law or statute to be applied in order to assist themselves in making the characterization.

It should also be noted, at least from the point of view of policy, that the principle of concurrent or alternative liability was applied by this Court to the Quebec civil law in *Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 S.C.R. 578, where the issue on a declinatory exception was whether the Superior Court for the District of Trois-Rivières had jurisdiction with respect to an action in damages based on fault in connection with the installation in Trois-Rivières of a machine for processing polyester fibres sold under a contract made in Philadelphia. The fault complained of, which allegedly caused the destruction of the plaintiff's factory by fire, was the failure of the manufacturer's technicians at the time of installation to warn the plaintiff's employees of the danger of fire if the upper part of the machine was not kept clean. The issue of concurrent or alternative liability was whether the plaintiff could base its action on delictual responsibility (which would give the Superior Court for the District of Trois-Rivières jurisdiction), despite the existence of the contract. The Court held that the plaintiff could base its action on delictual responsibility under art. 1053 of the Quebec *Civil Code*, although the alleged fault occurred in the performance of the contract. After a review of the civil law authorities on the much debated question of the "joint application of the systems of contractual

La situation est ainsi décrite dans Prosser, Wade et Schwartz, *Cases and Materials on Torts* (6th ed. 1976), aux pp. 457 et 458:

> [TRADUCTION] Dans ces situations, les tribunaux ont adopté deux lignes de conduite différentes. L'une consiste à permettre au demandeur de choisir le fondement théorique de son action et la question précise en litige est tranchée en conséquence . . .
>
> D'autre part, certains tribunaux n'accordent pas cette latitude au demandeur. En effet, c'est plutôt le tribunal qui décidera du «fondement» ou de l'«essence» de l'action, c'est-à-dire des faits essentiels sur lesquels repose la réclamation du demandeur . . .
>
> Comme l'indiquent ces décisions, la jurisprudence, même celle d'un même État, est loin d'être constante; bien que, pour s'aider à faire la détermination qui s'impose, un bon nombre de tribunaux aient eu tendance à prendre en considération la politique générale sous-tendant la règle de droit ou la loi qu'il s'agissait précisément d'appliquer.

Soulignons en outre que, du moins du point de vue de la politique générale, cette Cour a appliqué le principe de la responsabilité concurrente ou alternative au droit civil québécois dans l'arrêt *Wabasso Ltd. c. National Drying Machinery Co.*, [1981] 1 R.C.S. 578. Dans cette affaire, on avait soulevé une exception déclinatoire et la question était de savoir si la Cour supérieure du district de Trois-Rivières avait compétence à l'égard d'une action en dommages-intérêts pour une faute commise dans l'installation à Trois-Rivières d'une machine destinée au traitement de fibres de polyester, vendue en vertu d'un contrat conclu à Philadelphie. La faute reprochée, qui aurait causé la destruction de l'usine de la demanderesse par un incendie, consistait en l'omission des techniciens de la fabricante au moment de l'installation d'avertir les employés de la demanderesse du danger de feu si la partie supérieure de la machine n'était pas nettoyée. La question de la responsabilité concurrente ou alternative était de savoir si la demanderesse pouvait, malgré l'existence du contrat, fonder son action sur la responsabilité délictuelle (ce qui aurait donné compétence à la Cour supérieure du district de Trois-Rivières). La Cour a conclu que l'art. 1053 du *Code civil* du Québec autorisait la demanderesse à fonder son action sur la responsabilité délictuelle, même si la faute reprochée avait été commise dans l'exécution du contrat. Après

and delictual liability and of an election by the creditor of either system", Chouinard J., delivering the unanimous judgment of the Court, concluded at p. 590 as follows:

I conclude that the same fact can constitute both contractual fault and delictual fault, and that the existence of contractual relations between the parties does not deprive the victim of the right to base his remedy on delictual fault.

Chouinard J. quoted with approval a passage from the judgment of Paré J.A. in the Quebec Court of Appeal, in which it was said: "It is therefore necessary that the fault committed within the framework of the contract be in itself a fault sanctioned by art. 1053 *C.C.* even in the absence of a contract."

I must now attempt to draw conclusions from what I fear has been a much too lengthy survey of judicial opinion on the question of concurrent liability. My conclusions as to what I conceive, with great respect, to be the opinion with which I am in agreement on the various issues underlying this question may be summarized as follows.

1. The common law duty of care that is created by a relationship of sufficient proximity, in accordance with the general principle affirmed by Lord Wilberforce in *Anns v. Merton London Borough Council*, is not confined to relationships that arise apart from contract. Although the relationships in *Donoghue v. Stevenson*, *Hedley Byrne* and *Anns* were all of a non-contractual nature and there was necessarily reference in the judgments to a duty of care that exists apart from or independently of contract, I find nothing in the statements of general principle in those cases to suggest that the principle was intended to be confined to relationships that arise apart from contract. Indeed, the dictum of Lord Macmillan in *Donoghue v. Stevenson* concerning concurrent liability, which I have quoted earlier, would clearly suggest the contrary. I also find this conclusion to be persuasively demonstrated, with particular reference to *Hedley Byrne*, by the judgment of Oliver J. in *Midland*

avoir passé en revue la doctrine et la jurisprudence en droit civil sur les questions tant controversées du «cumul des régimes de responsabilité contractuelle et délictuelle et de l'option par le créancier en faveur de l'un ou l'autre régime», le juge Chouinard, qui a prononcé l'arrêt unanime de la Cour, conclut, à la p. 590:

Je conclus qu'un même fait peut constituer à la fois une faute contractuelle et une faute délictuelle et que l'existence de relations contractuelles entre les parties ne prive pas la victime du droit de fonder son recours sur la faute délictuelle.

Le juge Chouinard a cité en l'approuvant un extrait des motifs de jugement du juge Paré de la Cour d'appel du Québec, dans lequel il dit: «Il faut donc que la faute commise à l'intérieur du contrat soit en elle-même une faute que sanctionnerait l'article 1053 *C.C.*, même en l'absence d'un contrat.»

Je dois maintenant essayer de tirer des conclusions de ce qui, je le crains, a été une étude bien trop longue des opinions des tribunaux sur la question de la responsabilité concurrente. Mes conclusions concernant l'opinion que je partage, avec beaucoup d'égards, sur les différents points sous-tendant cette question peuvent être résumées ainsi:

1. L'obligation de diligence en *common law* qui, conformément au principe général énoncé par lord Wilberforce dans l'arrêt *Anns v. Merton London Borough Council*, résulte de l'existence de rapports suffisamment étroits entre les intéressés, ne se limite pas aux relations qui ne tirent pas leur origine d'un contrat. Bien que les liens dont il s'agissait dans les arrêts *Donoghue v. Stevenson*, *Hedley Byrne* et *Anns* aient été de nature non contractuelle et que l'on ait nécessairement parlé dans les jugements d'une obligation de diligence qui existe indépendamment d'un contrat, je ne vois rien dans les énoncés d'un principe général dans ces arrêts qui laisse entendre que l'application du principe devait se limiter à des liens qui prenaient naissance indépendamment d'un contrat. En fait, l'opinion incidente que lord Macmillan, dans l'arrêt *Donoghue v. Stevenson*, a exprimée sur la responsabilité concurrente et que j'ai déjà citée, indique clairement le contraire. J'estime en outre

Bank Trust. As he suggests, the question is whether there is a relationship of sufficient proximity, not how it arose. The principle of tortious liability is for reasons of public policy a general one. See *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1977] A.C. 405, *per* Lord Simon of Glaisdale at p. 417. *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 521, in which an owner sued flooring subcontractors directly in tort, is authority for the proposition that a common law duty of care may be created by a relationship of proximity that would not have arisen but for a contract.

2. What is undertaken by the contract will indicate the nature of the relationship that gives rise to the common law duty of care, but the nature and scope of the duty of care that is asserted as the foundation of the tortious liability must not depend on specific obligations or duties created by the express terms of the contract. It is in that sense that the common law duty of care must be independent of the contract. The distinction, in so far as the terms of the contract are concerned, is, broadly speaking, between what is to be done and how it is to be done. A claim cannot be said to be in tort if it depends for the nature and scope of the asserted duty of care on the manner in which an obligation or duty has been expressly and specifically defined by a contract. Where the common law duty of care is co-extensive with that which arises as an implied term of the contract it obviously does not depend on the terms of the contract, and there is nothing flowing from contractual intention which should preclude reliance on a concurrent or alternative liability in tort. The same is also true of reliance on a common law duty of care that falls short of a specific obligation or duty imposed by the express terms of a contract.

que cette conclusion est solidement appuyée, particulièrement à l'égard de l'arrêt *Hedley Byrne*, par les motifs du juge Oliver dans la décision *Midland Bank Trust*. Comme il le laisse entendre, la question est de savoir s'il existe des rapports suffisamment étroits, et non pas de savoir comment ils ont pris naissance. Pour des raisons d'intérêt public, le principe de la responsabilité délictuelle est général. Voir l'arrêt *Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.*, [1977] A.C. 405, lord Simon of Glaisdale, à la p. 417. L'arrêt *Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.*, [1983] 1 A.C. 521, dans lequel une propriétaire avait engagé contre une société sous-traitante chargée de la pose de planchers une action fondée directement sur un délit civil, établit qu'une obligation de diligence en *common law* peut découler de rapports étroits qui n'auraient pas existé en l'absence d'un contrat.

2. Les engagements stipulés dans le contrat révèlent la nature des liens dont découle l'obligation de diligence en *common law*, mais la nature et la portée de l'obligation de diligence invoquée comme fondement de la responsabilité délictuelle ne doivent pas dépendre d'obligations ou de devoirs précis créés expressément par le contrat. C'est dans ce sens que l'obligation de diligence en *common law* doit être indépendante du contrat. La distinction, en ce qui concerne les termes du contrat, est, d'une manière générale, entre ce qu'il faut faire et la façon de le faire. On ne saurait affirmer qu'une réclamation est en matière délictuelle si elle tient, en ce qui concerne la nature et la portée de l'obligation de diligence alléguée, à la façon dont une obligation a été expressément et précisément définie dans un contrat. Lorsque l'obligation de diligence en *common law* coïncide avec celle qui résulte d'une condition implicite du contrat, il est évident qu'elle ne dépend pas des conditions de ce contrat et il n'y a rien qui découle de l'intention des contractants qui devrait empêcher d'invoquer une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative. Il en va de même de la possibilité de se fonder sur une obligation de diligence en *common law* qui ne correspond pas à une obligation précise imposée expressément par un contrat.

3. A concurrent or alternative liability in tort will not be admitted if its effect would be to permit the plaintiff to circumvent or escape a contractual exclusion or limitation of liability for the act or omission that would constitute the tort. Subject to this qualification, where concurrent liability in tort and contract exists the plaintiff has the right to assert the cause of action that appears to be most advantageous to him in respect of any particular legal consequence.

3. Une responsabilité délictuelle concurrente ou alternative ne sera pas admise si elle a pour effet de permettre au demandeur de contourner ou d'éluder une clause contractuelle d'exonération ou de limitation de responsabilité pour l'acte ou l'omission qui constitue le délit civil. Sous réserve de cette restriction, chaque fois qu'il existe simultanément une responsabilité délictuelle et une responsabilité résultant d'un contrat, il est loisible au demandeur de se prévaloir de la cause d'action qui lui paraît la plus avantageuse à l'égard d'une conséquence juridique donnée.

4. The above principles apply to the liability of a solicitor to a client for negligence in the performance of the professional services for which he has been retained. There is no sound reason of principle or policy why the solicitor should be in a different position in respect of concurrent liability from that of other professionals.

4. Les principes énoncés ci-dessus s'appliquent à la responsabilité qu'a un avocat envers son client pour avoir fait preuve de négligence dans la prestation de ses services professionnels. Il n'y a aucune raison valable de principe ou de politique générale pour que la situation de l'avocat à l'égard de la responsabilité concurrente soit différente de celle d'autres personnes qui exercent une profession libérale.

5. The basis of the solicitor's liability in tort for negligence and the client's right in such case to recover for purely financial loss is the principle affirmed in *Hedley Byrne* and treated in *Anns* as an application of a general principle of tortious liability for negligence based on the breach of a duty of care arising from a relationship of sufficient proximity. That principle is not confined to professional advice but applies to any act or omission in the performance of the services for which a solicitor has been retained. See *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, at p. 416; *Tracy v. Atkins* (1979), 105 D.L.R. (3d) 632, at p. 638.

5. Le fondement de la responsabilité délictuelle de l'avocat pour négligence et du droit de son client en pareil cas de se faire indemniser pour des pertes purement financières est le principe posé dans l'arrêt *Hedley Byrne* et considéré, dans l'arrêt *Anns*, comme l'application d'un principe général de responsabilité délictuelle pour négligence fondée sur le manquement à une obligation de diligence découlant de rapports suffisamment étroits entre les intéressés. Ce principe ne se limite pas aux conseils professionnels, mais s'applique à tout acte ou à toute omission d'un avocat dans la prestation de ses services. Voir *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, à la p. 416; *Tracy v. Atkins* (1979), 105 D.L.R. (3d) 632, à la p. 638.

Applying these conclusions to the facts of the case at bar, I am of the opinion that if the respondent solicitors were negligent in the performance of the professional services for which they were retained they would be liable in tort as well as contract to the appellant, subject, of course, to the other defences which they have raised.

Appliquant ces conclusions aux faits de la présente affaire, j'estime que, si les avocats intimés ont fait preuve de négligence dans la prestation de leurs services professionnels, leur responsabilité envers l'appelante est non seulement contractuelle mais aussi délictuelle, sous réserve évidemment des autres moyens de défense qu'ils ont soulevés.

III

I turn now to the question whether the respondent solicitors were negligent in taking a mortgage that was void as being contrary to s. 96(5) of the *Companies Act*. As I have indicated, the Trial Division and the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court came to different conclusions on this issue. Hallett J. in the Trial Division held that the respondents had not failed to meet the applicable standard of care. The Appeal Division held that they had been negligent. This difference in conclusion appears to have turned to some extent on a difference of view as to the relevance of some of the expert evidence concerning the practice of solicitors in real estate transactions involving corporations in Nova Scotia in 1968.

The work which the respondents undertook for the Nova Scotia Trust Company was to perform the necessary legal services to obtain a valid first mortgage on the property of Stonehouse. Although the trust company's letter of December 12, 1968 to the respondent Rafuse and the respondent Cordon's letter of January 17, 1969, to the trust company (from both of which I have quoted at the beginning of these reasons), did not make explicit reference to the validity of the mortgage, the respondent Cordon, in his evidence on discovery, acknowledged that the obligation to the Nova Scotia Trust Company was "to see that there was a valid first mortgage".

The act or omission which, it is contended, constituted the negligence in this case was the failure of the respondents to know of or discover s. 96(5) of the *Companies Act*, to perceive that it raised a question concerning the validity of the proposed mortgage and to advise the Nova Scotia Trust Company accordingly. The question is whether this was a failure to meet the applicable standard of care in discharging the professional responsibility which the respondents had assumed.

III

J'aborde maintenant la question de savoir si les avocats intimés ont fait preuve de négligence en prenant une hypothèque entachée de nullité du fait qu'elle contrevenait au par. 96(5) de la *Companies Act*. Comme je l'ai déjà souligné, la Division de première instance et la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse sont arrivées à des conclusions différentes sur cette question. Le juge Hallett de la Division de première instance a conclu que les intimés avaient satisfait à la norme de diligence applicable. La Division d'appel pour sa part a conclu qu'ils avaient fait preuve de négligence. Cette différence paraît dans une certaine mesure attribuable à une divergence d'opinions quant à la pertinence d'une partie de la preuve d'experts concernant la pratique des avocats en Nouvelle-Écosse en 1968 dans les opérations immobilières mettant en jeu des sociétés.

Les intimés ont entrepris de fournir à Nova Scotia Trust Company les services juridiques nécessaires pour obtenir une hypothèque valable de premier rang sur la propriété de Stonehouse. Bien que ni la lettre en date du 12 décembre 1968 que la société de fiducie a adressée à l'intimé Rafuse, ni celle en date du 17 janvier 1969 que l'intimé Cordon a adressée à la société de fiducie (lettres dont j'ai déjà cité des extraits au début des présents motifs), ne mentionnent expressément la validité de l'hypothèque, l'intimé Cordon, au cours de son interrogatoire préalable, a reconnu que l'obligation de Nova Scotia Trust Company était de [TRADUCTION] «veiller à ce qu'il y ait une hypothèque valable de premier rang».

L'acte ou l'omission qui, prétend-on, constitue la négligence en l'espèce est le fait que les intimés n'étaient pas au courant du par. 96(5) de la *Companies Act* et n'ont pas découvert son existence, qu'ils ne se sont pas rendus compte que cette disposition soulevait une question quant à la validité de l'hypothèque projetée et qu'ils n'en n'ont pas informé Nova Scotia Trust Company en conséquence. La question est de savoir si cela équivalait à une omission de la part des intimés de satisfaire à la norme de diligence applicable en s'acquittant de la responsabilité professionnelle qu'ils avaient assumée.

A solicitor is required to bring reasonable care, skill and knowledge to the performance of the professional service which he has undertaken. See *Hett v. Pun Pong* (1890), 18 S.C.R. 290, at p. 292. The requisite standard of care has been variously referred to as that of the reasonably competent solicitor, the ordinary competent solicitor and the ordinary prudent solicitor. See Mahoney, "Lawyers — Negligence — Standard of Care" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 221. Hallett J., in referring to the standard of care as that of the "ordinary reasonably competent" solicitor, stressed the distinction between the standard of care required of the reasonably competent general practitioner and that which may be expected of the specialist. It was on the basis of this distinction that he disregarded the evidence of one of the expert witnesses concerning the practice in real estate transactions involving corporations.

The requirement of professional competence that was particularly involved in this case was reasonable knowledge of the applicable or relevant law. A solicitor is not required to know all the law applicable to the performance of a particular legal service, in the sense that he must carry it around with him as part of his "working knowledge", without the need of further research, but he must have a sufficient knowledge of the fundamental issues or principles of law applicable to the particular work he has undertaken to enable him to perceive the need to ascertain the law on relevant points. The duty in respect of knowledge is stated in 7 *Am Jur* 2d, Attorneys at Law § 200, in a passage that was quoted by Jones J.A. in the Appeal Division, as follows: "An attorney is expected to possess knowledge of those plain and elementary principles of law which are commonly known by well-informed attorneys, and to discover those additional rules of law which, although not commonly known, may readily be found by standard research techniques." See Charlesworth and Percy on *Negligence* (7th ed. 1983), pp. 577-78 to similar effect, where it is said: "Although a solicitor is not bound to know the contents of every statute of the realm, there are some statutes, about which it is his duty to know. The test for deciding

Un avocat est tenu de faire preuve de diligence, de compétence et de connaissances raisonnables dans la prestation de ses services professionnels. Voir *Hett v. Pun Pong* (1890), 18 R.C.S. 290, à la p. 292. La norme de diligence à laquelle on doit satisfaire a été énoncée de diverses façons, savoir comme étant celle de l'avocat raisonnablement compétent, celle de l'avocat compétent ordinaire et celle de l'avocat prudent ordinaire. Voir Mahoney, «Lawyers — Negligence — Standard of Care» (1985), 63 *R. du B. can.* 221. Le juge Hallett, en décrivant la norme de diligence comme étant celle de l'avocat [TRADUCTION] «moyen raisonnablement compétent», a insisté sur la distinction entre la norme de diligence à laquelle doit satisfaire un généraliste raisonnablement compétent et celle à laquelle on peut s'attendre qu'un spécialiste satisfasse. C'est sur cette distinction qu'il s'est fondé pour écarter le témoignage de l'un des témoins experts concernant la pratique dans les opérations immobilières mettant en jeu des sociétés.

L'exigence de compétence professionnelle dont il est particulièrement question en l'espèce est la connaissance raisonnable des règles de droit applicables ou pertinentes. Un avocat est tenu non pas de connaître toutes les règles de droit applicables à la prestation d'un service juridique donné, en ce sens que cela doit faire partie de son «bagage professionnel», sans qu'il soit nécessaire de procéder à des recherches plus fouillées, mais plutôt de posséder une connaissance suffisante des points ou des principes de droit fondamentaux applicables au travail précis qu'il a entrepris, de sorte qu'il puisse percevoir la nécessité de vérifier les règles de droit qui s'appliquent à chaque point pertinent. L'obligation sur le plan des connaissances est énoncée à 7 *Am Jur* 2d, Attorneys at Law § 200, dans un passage cité ainsi par le juge Jones de la Division d'appel: [TRADUCTION] «Un avocat est censé posséder une connaissance des principes de droit évidents et élémentaires que connaît normalement un avocat bien renseigné, et on s'attend en outre à ce qu'il découvre les autres règles de droit qui, bien qu'elles ne soient pas généralement connues, peuvent facilement être décelées par le recours à des techniques ordinaires de recherche.» Voir l'ouvrage de Charlesworth et Percy intitulé *Negligence* (7th ed. 1983), aux pp. 577 et 578 où l'on affirme dans

what he ought to know is to apply the standard of knowledge of a reasonably competent solicitor." The duty or requirement of professional competence in respect of knowledge is put by Jackson and Powell, *Professional Negligence* (1982), at pp. 145-46 as follows: "Although a solicitor is not 'bound to know all the law,' he ought generally to know where and how to find out the law in so far as it affects matters within his field of practice. However, before the solicitor is held liable for failing to look a point up, circumstances must be shown which would have alerted the reasonably prudent solicitor to the point which ought to be researched", citing *Bannerman Brydone Folster & Co. v. Murray*, [1972] N.Z.L.R. 411. In that case, where a solicitor undertook on very short notice to prepare the necessary document to give effect to an oral agreement providing that a mortgagee would have an option to purchase, the New Zealand Court of Appeal held that it was not negligence to have failed to perceive that making the option to purchase a condition of the mortgage rendered it void or unenforceable as a clog on the equity of redemption. The point was referred to as a rather old and obscure principle which had not been the subject of judicial commentary for many years and was mainly a subject of academic interest. It is clear, however, that the determining considerations in the Court's conclusion were the time available to the solicitor and the fact that the client was already committed to the transaction in the form that proved defective. See Turner J. at p. 427. The decision is nevertheless instructive concerning the duty of a solicitor to perceive problems and to warn the client of them. For a statement of the solicitor's duty "to identify problems and to bring their effect to the attention of the client", with reference to cases in which this duty has been applied, see Dugdale and Stanton, *Professional Negligence* (1982), p. 203.

le même sens: [TRADUCTION] «Quoiqu'un avocat ne soit pas obligé de connaître la teneur de toutes les lois du pays, il y en a certaines dont il se doit d'être au courant. Le critère à appliquer pour déterminer ce qu'il devrait connaître est celui des connaissances normales d'un avocat raisonnablement compétent.» L'obligation ou l'exigence de compétence professionnelle sur le plan des connaissances est énoncée ainsi dans Jackson et Powell, *Professional Negligence* (1982), aux pp. 145 et 146: [TRADUCTION] «Bien qu'un avocat ne soit pas «tenu de connaître toutes les règles de droit,» il doit généralement savoir où et comment trouver celles qui touchent aux questions qui relèvent de son domaine. Toutefois, pour que l'avocat soit tenu responsable d'avoir omis de chercher un point donné, il faut démontrer l'existence de circonstances qui auraient éveillé l'attention de l'avocat raisonnablement prudent sur le point devant faire l'objet de recherches», pour citer la décision *Bannerman Brydone Folster & Co. v. Murray*, [1972] N.Z.L.R. 411. Dans cette affaire où un avocat s'était engagé à dresser dans de très brefs délais l'acte nécessaire pour donner effet à une entente orale accordant à un créancier hypothécaire une option d'achat, la Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande a conclu qu'on n'avait pas fait preuve de négligence en ne réalisant pas qu'en faisant de l'option d'achat une condition de l'hypothèque cela rendait cette dernière nulle ou non exécutoire puisque cela constituait une entrave au droit de rachat. On a dit qu'il s'agissait d'un principe plutôt vieux et obscur que les tribunaux n'avaient pas commenté depuis bien des années et qui intéressait surtout les théoriciens. Il est toutefois évident que les considérations déterminantes dans la conclusion de la cour ont été le délai dont disposait l'avocat et le fait que le client s'était déjà engagé à conclure le marché dans la forme qui s'est révélée viciée. Voir ce qu'en dit le juge Turner à la p. 427. La décision est néanmoins instructive relativement à l'obligation d'un avocat de déceler les problèmes et d'en prévenir son client. Pour un énoncé de l'obligation de l'avocat [TRADUCTION] «de cerner les problèmes et d'attirer l'attention du client sur leur effet», avec renvois aux affaires dans lesquelles cette obligation a été appliquée, voir Dugdale et Stanton, *Professional Negligence* (1982), à la p. 203.

While the solicitor's duty of care has generally been stated, for obvious reasons, in the context of contractual liability as arising as an implied term of the contract or retainer, the same duty arises as a matter of common law from the relationship of proximity created by the retainer. In the absence of special terms in the contract determining the nature and scope of the duty of care in a particular case, the duties of care in contract and in tort are the same. See *Esso Petroleum*, at p. 15; Mahoney, op. cit., p. 223; Dugdale & Stanton, op. cit., p. 218.

Two solicitors, Mr. S. David Bryson, Q.C., and Mr. Arthur G. H. Fordham, Q.C., gave evidence as to their practice and that of other solicitors in real estate transactions involving corporations. Both stated that it was the practice to determine the capacity of a corporation to give security and for this purpose to examine the provisions of the *Companies Act*. Mr. Bryson said that he could not be certain that he knew of the existence of s. 96(5) of the Act in 1968, that the transaction handled by the respondents was "a rather unusual one and not in the common run of real estate mortgage transactions", and that he did not recall having encountered a transaction of this kind in his practice. Mr. Fordham said that he was aware of s. 96(5) in 1968. Hallett J. disregarded the evidence of Mr. Fordham as being that of the specialist in commercial real estate transactions. He attached particular importance to the evidence of Mr. Bryson as being more relevant, despite his acknowledged experience and expertise, to the standard of care to be expected of the reasonably competent general practitioner in real estate matters. From the evidence of Mr. Bryson, the fact that persons of legal training in the Nova Scotia Trust Company had approved the loan and instructed the respondents, and the differences of judicial opinion concerning the validity of the mortgage, Hallett J. concluded that the ordinary reasonably competent solicitor in Nova Scotia in 1968 would not have known of s. 96(5) of the *Companies Act*, and if he did, would not have perceived the possible implications of this

Bien que, pour des raisons évidentes, l'obligation de diligence de l'avocat ait généralement été décrite dans le contexte de la responsabilité contractuelle comme découlant d'une condition implicite du contrat entre l'avocat et le client, la même obligation résulte en *common law* des liens étroits créées par ce contrat. En l'absence de stipulations contractuelles expresses précisant la nature et la portée de l'obligation de diligence dans un cas donné, l'obligation de diligence est la même en matière contractuelle et en matière délictuelle. Voir *Esso Petroleum*, précité, à la p. 15; Mahoney, op. cit., à la p. 223; Dugdale et Stanton, op. cit., à la p. 218.

Deux avocats, M^e^ S. David Bryson, c.r., et M^e^ Arthur G. H. Fordham, c.r., ont témoigné concernant leur pratique et celle d'autres avocats dans les opérations immobilières mettant en jeu des sociétés. Tous deux ont affirmé qu'il était usuel de déterminer si une société était en mesure de fournir une sûreté et, à cette fin, d'examiner les dispositions de la *Companies Act*. M^e^ Bryson a dit qu'il ne pouvait être certain s'il connaissait en 1968 l'existence du par. 96(5) de la Loi, que l'opération dont s'étaient occupés les intimés [TRADUCTION] «sortait plutôt de l'ordinaire et ne ressemblait aucunement aux opérations hypothécaires habituelles», et qu'il ne se souvenait pas d'avoir eu affaire à une opération de ce genre depuis qu'il exerçait. M^e^ Fordham a dit qu'il était au courant du par. 96(5) en 1968. Le juge Hallett a écarté le témoignage de M^e^ Fordham pour le motif que c'était celui d'un spécialiste en matière d'opérations immobilières commerciales. Malgré l'expérience et l'expertise reconnues de M^e^ Bryson, le juge Hallett a attaché une importance particulière à son témoignage qu'il estimait plus pertinent sur la question de la norme de diligence à laquelle on pouvait s'attendre qu'un généraliste raisonnablement compétent satisfasse en matière immobilière. Se fondant sur le témoignage de M^e^ Bryson, sur le fait que certaines personnes relevant de Nova Scotia Trust Company, qui possédaient une formation juridique, avaient approuvé le prêt et donné des instructions aux intimés, et sur les divergences d'opinions des juges quant à la validité de l'hypothèque, le juge Hallett a conclu que l'avocat raisonnablement compétent ordinaire en Nouvelle-

provision for the validity of the proposed mortgage.

The Appeal Division held that the trial judge erred in disregarding the evidence of Mr. Fordham, that the issue was not whether a reasonably competent solicitor would have known of the existence of s. 96(5) of the *Companies Act* without an examination of the Act, or would have formed the opinion that the mortgage was void, but rather whether he would have examined the *Companies Act* to determine if it placed any restrictions on the capacity of a corporation to give security and whether he would have perceived that s. 96(5) raised a problem concerning the validity of the proposed mortgage. In concluding that the respondent solicitors had been negligent, Jones J.A., delivering the unanimous judgment of the Appeal Division, said:

> The solicitor's obligation in the present case was to ensure that the mortgage was valid. As the security was being given by a company it was their duty to be acquainted with those provisions of the *Companies Act* which might affect the security. Where a solicitor does not have knowledge of the statutes pertaining to a transaction then he has an obligation to inform himself of those provisions. With respect, I find nothing unusual about the provisions of s. 96(5) of the *Companies Act*. Once a solicitor was aware of that provision, from the language of the section, he would realize that he was faced with a problem. Regardless of the interpretation placed on the provision, he would be under a duty to inform the client. It was the solicitor's duty to exercise reasonable skill and knowledge. That duty was not placed on the officials of the appellant company, who were only concerned with the business aspects of the transaction.

With respect, I am in agreement with the conclusion of the Appeal Division on the issue of negligence. The fact that the capacity of a corporation to borrow and give security may be limited or subjected to certain conditions by the provisions of the applicable *Companies Act* is such basic knowledge that a reasonably competent solicitor must be held to possess it, whether he is a general practitioner or a specialist. It is knowledge which a

Écosse en 1968 n'aurait pas été au courant de l'existence du par. 96(5) de la *Companies Act* et, s'il l'avait été, il ne se serait pas rendu compte des répercussions possibles de cette disposition sur la validité de l'hypothèque projetée.

La Division d'appel a conclu que le juge de première instance avait commis une erreur en faisant abstraction du témoignage de Me Fordham et que la question était non pas de savoir si un avocat raisonnablement compétent aurait su, sans avoir examiné la *Companies Act*, que le par. 96(5) existait, ou s'il aurait formé l'opinion que l'hypothèque était frappée de nullité, mais plutôt de savoir s'il aurait examiné la *Companies Act* pour déterminer si elle imposait des restrictions à la capacité d'une société de fournir une sûreté et s'il se serait aperçu que le par. 96(5) posait un problème quant à la validité de l'hypothèque projetée. En concluant que les avocats intimés ont fait preuve de négligence, le juge Jones, qui a rendu l'arrêt unanime de la Division d'appel, affirme ceci:

> [TRADUCTION] L'obligation de l'avocat en l'espèce était de s'assurer de la validité de l'hypothèque. Comme la sûreté allait être fournie par une société, il incombait aux avocats de se familiariser avec les dispositions de la *Companies Act* qui pourraient avoir une incidence sur la sûreté. Lorsqu'un avocat ne connaît pas les lois applicables à une opération, il est alors tenu de se renseigner sur les dispositions pertinentes. Avec égards, je ne vois rien d'anormal au sujet des dispositions du par. 96(5) de la *Companies Act*. Dès qu'un avocat prendrait connaissance de ce paragraphe, son libellé lui permettrait de se rendre compte qu'il y avait un problème. Quelle que soit l'interprétation donnée à la disposition, l'avocat serait dans l'obligation d'en informer son client. Il était du devoir de l'avocat de faire preuve d'un niveau raisonnable de compétence et de connaissances. Cette obligation n'incombait pas aux responsables de la société appelante, car ils ne s'intéressaient qu'aux aspects commerciaux de l'opération.

Avec égards, je suis d'accord avec la conclusion de la Division d'appel sur la question de la négligence. Le fait que les dispositions de la loi applicable, savoir la *Companies Act*, peuvent restreindre ou soumettre à certaines conditions la capacité d'une société d'emprunter et de fournir une sûreté est un élément de connaissance à ce point fondamental qu'un avocat raisonnablement compétent doit être réputé le posséder, qu'il soit généraliste

solicitor who undertakes to do the legal work to obtain a mortgage or other security from a corporation must possess, and with it there is a duty to exercise reasonable care and skill to ascertain by an examination of the relevant legislation what limits or conditions it imposes upon the capacity of a corporation to give security. A reasonably competent solicitor knowing, as the respondent solicitors did, that the mortgage was being given by Stonehouse to obtain a loan to assist in the purchase of its shares would have recognized that s. 96(5) of the *Companies Act* raised a serious question, to say the least, concerning the legality or validity of the proposed mortgage. With great respect, I cannot agree with the trial judge that the reasonably competent solicitor would have concluded that s. 96(5) did not affect the validity of the mortgage, as was later held by Hart J. in the action for foreclosure, and would have said nothing about the matter to his client. In the existing state of the law in 1968 the reasonably competent solicitor in Nova Scotia in 1968 would have perceived that there was a serious possibility that the mortgage might be held to be void as being contrary to s. 96(5) and would have advised his client accordingly. In *Thibault v. Central Trust Company of Canada*, [1963] S.C.R. 312, some five years before the mortgage transaction in the case at bar, this Court held that a mortgage given by a company to secure the payment by the new owner of the purchase price of his shares in the company was void as contrary to s. 37(1) of the New Brunswick *Companies Act*, R.S.N.B. 1952, c. 33, which provides, in words essentially the same as those of s. 96(5) of the Nova Scotia *Companies Act*, that a company "shall not ... give whether directly or indirectly, and whether by means of a loan, guarantee, the provision of security or otherwise, any financial assistance for the purpose of, or in connection with, a purchase made or to be made by any person of any shares in the company". Martland J., delivering the judgment of the Court, held that the appeal from the judgment of the Appeal Division of the Supreme Court of New Brunswick should be dismissed for the reasons of Ritchie J.A., who said, (1962) 33 D.L.R. (2d) 317, at p. 332: "The purpose and result of the mortgage was the creation of a charge on the real property of the

ou spécialiste. Il s'agit d'un élément de connaissance que doit avoir un avocat qui s'engage à faire le travail juridique nécessaire pour obtenir d'une société une hypothèque ou autre sûreté, et cette connaissance emporte l'obligation de faire preuve de diligence et de compétence raisonnables pour déterminer par un examen de la législation pertinente à quelles restrictions ou conditions celle-ci assujettit la capacité d'une société de fournir une sûreté. Un avocat raisonnablement compétent sachant, comme c'était le cas des avocats intimés, que Stonehouse consentait l'hypothèque pour obtenir un emprunt qui aiderait à l'achat de ses actions, aurait reconnu que le par. 96(5) de la *Companies Act* posait un problème sérieux, c'est le moins qu'on puisse dire, concernant la légalité ou la validité de l'hypothèque projetée. Avec égards, je ne puis être d'accord avec le juge de première instance pour dire qu'un avocat raisonnablement compétent aurait conclu que le par. 96(5) n'avait aucun effet sur la validité de l'hypothèque, comme l'a conclu par la suite le juge Hart dans l'action en forclusion, et qu'il n'en aurait pas parlé à son client. Suivant l'état du droit en 1968, un avocat raisonnablement compétent en Nouvelle-Écosse, cette année-là, se serait aperçu qu'il y avait une possibilité réelle que l'hypothèque soit jugée nulle pour le motif qu'elle contrevenait au par. 96(5), et il aurait conseillé son client en conséquence. Dans l'arrêt *Thibault v. Central Trust Company of Canada*, [1963] R.C.S. 312, rendu environ cinq ans avant l'opération hypothécaire en l'espèce, cette Cour a conclu qu'une hypothèque consentie par une société pour garantir le paiement par le nouveau propriétaire du prix d'achat de ses actions de la société était nulle pour le motif qu'elle enfreignait le par. 37(1) de la *Companies Act* du Nouveau-Brunswick, R.S.N.B. 1952, chap. 33, qui dispose, essentiellement dans les mêmes termes que ceux du par. 96(5) de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, qu'une compagnie [TRADUCTION] «ne doit ... donner directement ou indirectement, soit par le moyen de prêt, garantie, nantissement, soit autrement, une aide financière aux fins ou à l'égard d'un achat d'actions de la compagnie effectué ou à effectuer par qui que ce soit». Le juge Martland, qui a rendu le jugement de la Cour, a conclu que le pourvoi contre l'arrêt de la

company to secure payment of the price Clavette had agreed to pay Thibault for shares in its capital stock. There was no outstanding indebtedness of the company to Thibault. The company received no consideration for the mortgage, either express or implied." With reference to the effect of s. 37(1) he said at pp. 334-35: "I find in the explicit and unambiguous language of s. 37(1) a clear intention on the part of the legislature to restrict, except as to five specified types of transaction, the powers of any company so as to prevent it giving financial assistance to any person for the purpose of, or in connection with, a purchase of shares in its capital stock. The peremptory nature of the language used is directed to the corporate capacity and so renders the restriction mandatory. The mortgage comes squarely within the wording of the prohibition. In view of such statutory restriction on its corporate powers the mortgage must be held *ultra vires* the company. No authorization or ratification by the directors or the shareholders could serve to make the mortgage valid." Hart J. in *Central and Eastern Trust Co. v. Stonehouse Motel and Restaurant Ltd.*, drew a distinction, in effect, between a mortgage given, as in *Thibault*, to secure the payment to the vendor of the purchase price of shares and a mortgage given to secure a loan to the company, the proceeds of which were to be given to the vendor in part payment for the shares. While the reasonably competent solicitor might well be of the view that this distinction, had it occurred to him, might prevail if there were a challenge to the validity of the mortgage, there would have to remain in his view a serious question as to whether the mortgage might be held to be void for the reasons given by Ritchie J. delivering the judgment of this Court in *Central and Eastern Trust Co. v. Irving Oil Ltd.* Saying that he was unable to accept the view taken of the mortgage transaction by Hart J., Ritchie J. held that it was an unavoidable conclusion from the facts as found by the trial judge and the Court of Appeal that the proceeds of the mortgage loan were never intended to go to the company but were to be paid to the vendor for the shares. A reasonably competent solicitor would in my opinion have seen that this was possibly, if not probably, the view that would ultimately be taken of the mort-

Division d'appel de la Cour suprême du Nouveau-Brunswick devait être rejeté pour les motifs donnés par le juge Ritchie de la Cour d'appel, qui avait dit (1962), 33 D.L.R. (2d) 317, à la p. 332: [TRADUCTION] «L'hypothèque avait pour objectif et pour effet de créer une charge grevant les biens immeubles de la société afin de garantir le paiement du prix que Clavette avait accepté de payer à Thibault pour des actions de son capital-actions. La société en question n'était pas en dette avec Thibault. Elle n'a reçu aucune contrepartie, expresse ou implicite, en échange de l'hypothèque.» Quant à l'effet du par. 37(1), le juge Ritchie affirme, aux pp. 334 et 335: [TRADUCTION] «Je constate qu'il se dégage des termes clairs et nets du par. 37(1) une intention manifeste chez le législateur de restreindre les pouvoirs d'une société, sauf en ce qui concerne cinq types d'opérations précises, de manière à l'empêcher de donner à qui que ce soit une aide financière aux fins ou à l'égard d'un achat d'actions de son capital-actions. Le caractère péremptoire des termes employés vise la capacité de la société, d'où le caractère impératif de la restriction. L'hypothèque en cause relève nettement du texte de l'interdiction. Étant donné cette restriction apportée par la Loi aux pouvoirs de la société, l'hypothèque doit être jugée *ultra vires* de celle-ci. Aucune autorisation ni aucune ratification par les administrateurs ou les actionnaires ne pouvait servir à valider l'hypothèque.» Le juge Hart, dans la décision *Central and Eastern Trust Co. v. Stonehouse Motel and Restaurant Ltd.*, a fait en réalité une distinction entre une hypothèque consentie, comme dans l'affaire *Thibault*, pour garantir le paiement au vendeur du prix d'achat d'actions et une hypothèque consentie pour garantir un prêt à la société, dont le montant devait être donné au vendeur en paiement partiel des actions. Même si un avocat raisonnablement compétent aurait bien pu estimer que cette distinction, à supposer qu'elle lui soit venue à l'esprit, pourrait l'emporter en cas de contestation de la validité de l'hypothèque, il aurait tout de même eu des motifs sérieux de se demander si cette hypothèque risquerait d'être déclarée nulle pour les raisons données par le juge Ritchie dans l'arrêt de cette Cour *Central and Eastern Trust Co. c. Irving Oil Ltd.* Se disant dans l'impossibilité d'adopter le point de vue du

gage transaction and would have advised his client for this reason that he could not give any assurance as to the validity of the proposed mortgage I am therefore of the opinion that the respondent solicitors were negligent in failing to ascertain the existence of s. 96(5) of the Nova Scotia *Companies Act*, to perceive that it raised a problem concerning the validity of the proposed mortgage and to advise the Nova Scotia Trust Company accordingly, and that their negligence was causative of the damage suffered by the trust company.

IV

The respondents contend that if they were negligent there was contributory negligence on the part of the Nova Scotia Trust Company or those for whom it was responsible and that accordingly there should be an apportionment of liability between the appellant and the respondents. This contention is based essentially on the fact that the mortgage loan to Stonehouse was recommended and approved by persons of legal training and experience, who knew that the proceeds of the loan were to be used to purchase the shares of the company. Mr. John Mroz, the mortgage manager of the Nova Scotia Trust Company, who recommended the loan to the Executive Committee of the Board of Directors of the trust company, and Mr. D. G. Grant, the President of the company and a member of the Executive Committee, were both graduates in law with some experience in practice before joining the company and members of the Bar of Nova Scotia. Mr. Lorne Clarke, Q.C., one of the members of the Truro Advisory Board which advised the trust company as to whether Stonehouse was a good risk, was an experienced practitioner. At least two members of

juge Hart sur l'opération hypothécaire, le juge Ritchie a conclu qu'il découlait inévitablement des faits constatés par le juge de première instance et par la Cour d'appel, que les fonds avancés en vertu de l'hypothèque n'avaient jamais été destinés à être versés à la société, mais devaient être payés au vendeur pour les actions. J'estime qu'un avocat raisonnablement compétent se serait rendu compte que c'était là peut-être, voire probablement, le point de vue qui en définitive serait adopté au sujet de l'opération hypothécaire et, pour cette raison, il aurait informé son client qu'il ne pouvait garantir la validité de l'hypothèque projetée. Je suis donc d'avis que les avocats intimés ont fait preuve de négligence en ne vérifiant pas l'existence du par. 96(5) de la *Companies Act* de la Nouvelle-Écosse, en ne s'apercevant pas que cette disposition posait un problème en ce qui concerne la validité de l'hypothèque projetée et en ne conseillant pas Nova Scotia Trust Company en conséquence; j'estime en outre que leur négligence est à l'origine du préjudice subi par la société de fiducie.

IV

Les intimés prétendent que, à supposer qu'ils aient été négligents, il y a eu faute de la part de Nova Scotia Trust Company ou des personnes dont elle répondait et que, par conséquent, la responsabilité doit être partagée entre l'appelante et les intimés. Cet argument repose essentiellement sur le fait que le prêt hypothécaire consenti à Stonehouse a été recommandé et approuvé par des personnes possédant une formation et une expérience juridiques, qui savaient que le prêt devait être affecté à l'achat des actions de la société. Me John Mroz, responsable des hypothèques de Nova Scotia Trust Company, qui a recommandé au comité exécutif du conseil d'administration de cette dernière d'approuver le prêt, et Me D. G. Grant, président de la société et membre du comité exécutif, étaient tous les deux diplômés en droit ayant exercé la profession d'avocat pendant un certain temps avant de se joindre à la société et ils étaient membres du Barreau de la Nouvelle-Écosse. Me Lorne Clarke, c.r., l'un des membres du Truro Advisory Board qui a conseillé la société de fiducie sur la nature du risque présenté par Stonehouse, était un avocat d'expérience. Outre

the Executive Committee, besides Mr. Grant, who were present at the meeting which approved the loan, were lawyers. Mr. John A. Walker, Q.C., was a prominent and experienced member of the Nova Scotia Bar, although he was apparently retired from practice at the time the loan was approved. Although the testimony on this point was not too clear, the trial judge found that Mr. Mroz and Mr. Grant, and by implication the other members of the Executive Committee, must have known from the documentation that the proceeds of the mortgage loan were to be used to purchase the shares. The loan application contained the words "money required to assist in the purchase (chattel mortgage on equipment)", and the reference to the loan in the minutes of the meeting of the Executive Committee at which the loan was approved contained the words "Purchase price of the Company shares — $315,000." Jones J.A. in the Court of Appeal said with reference to the company's knowledge of the nature of the transaction at p. 270:

> The second issue concerns the knowledge of the appellant. If the appellant knew that the transaction was invalid then presumably it would be responsible for the loss. It would not be relying on the solicitors for that information. The trial judge found that both parties knew that the proceeds of the loan were to be used to purchase the Stonehouse shares. There was ample evidence to support that conclusion. It was clear on the face of the documents and in the company's minutes that the money was to be used for that purpose. It also appears from the decision that the parties were not aware that the loan was illegal. Certainly there is no finding by the trial judge that the appellant knew that the transaction was illegal.

In my opinion the defence of contributory negligence must fail. The executive officers of the Nova Scotia Trust Company and the members of the Executive Committee of the Board of Directors did not have a duty of care with respect to the legal aspects of a transaction other than to retain qualified solicitors to perform the necessary legal services. As the testimony of Mr. Mroz and Mr. Grant indicated, they were administrative officers who, despite their legal qualifications, were not expected to provide the company with legal advice.

M^e^ Grant, au moins deux membres du comité exécutif qui assistaient à la réunion lors de laquelle le prêt a été approuvé, étaient des avocats. M^e^ John A. Walker, c.r., était un membre éminent et expérimenté du Barreau de la Nouvelle-Écosse, bien qu'il fût apparemment retiré de l'exercice de la profession au moment de l'approbation du prêt. Malgré le caractère équivoque des témoignages sur ce point, le juge de première instance a conclu que M^e^ Mroz et M^e^ Grant et, par voie de conséquence, les autres membres du comité exécutif, ont dû constater à partir des documents que le prêt hypothécaire serait affecté à l'achat des actions. La formule de demande de prêt contenait les mots [TRADUCTION] «fonds requis pour aider à l'achat (nantissement sur le matériel)», et le procès-verbal de la réunion du comité exécutif, au cours de laquelle le prêt a été approuvé, mentionnait au sujet du prêt: [TRADUCTION] «Prix d'achat des actions de la société—315 000 $.» Le juge Jones de la Cour d'appel a dit au sujet de la connaissance que pouvait avoir la société de la nature de l'opération, à la p. 270:

> [TRADUCTION] La seconde question concerne la connaissance qu'avait l'appelante. Si l'appelante savait que l'opération était invalide, elle serait alors probablement responsable de la perte. Elle ne compterait pas sur les avocats pour lui fournir cette information. Le juge de première instance a conclu que l'une et l'autre parties savaient que les fonds prêtés devaient être affectés à l'achat des actions de Stonehouse. Cette conclusion était largement appuyée par la preuve. En effet, il ressort nettement des documents et du procès-verbal de la société que c'est ce à quoi devait servir l'argent. De plus, il se dégage de la décision que les parties ignoraient l'illégalité du prêt. Certes, le juge de première instance n'a pas conclu que l'appelante savait que l'opération était illégale.

À mon avis, le moyen de défense fondé sur la faute de la victime doit être rejeté. Les administrateurs de Nova Scotia Trust Company et les membres du comité exécutif du conseil d'administration n'avaient pas, à l'égard des aspects juridiques d'une opération, d'autre obligation de diligence que celle de retenir les services d'avocats compétents pour fournir les services juridiques nécessaires. Les témoignages de M^e^ Mroz et M^e^ Grant révèlent qu'ils étaient des administrateurs qui, malgré leur formation juridique, n'étaient pas

They and the Executive Committee were concerned with the business or financial aspects of a loan — whether the borrower was a good risk — and quite properly left the legal aspects of a transaction to the retained solicitors. They might well have been negligent had they relied on their own legal judgment in such a case. The fact that neither the executive officers nor the members of the Executive Committee were responsible for the legal aspects of a proposed mortgage loan was acknowledged by the trial judge, who said at p. 391: "Again, I am mindful that it was not the function of the executive committee to decide on legal matters. Their function was to assess the feasibility of making the loan." Although Jones J.A. found it unnecessary, because of his conclusion on the question of limitation, to decide the issue of contributory negligence, he said at p. 270, "It was the solicitor's duty to exercise reasonable skill and knowledge. That duty was not placed on the officials of the appellant company, who were only concerned with the business aspects of the transaction", and at p. 278 he said that the trust company "took the only course open to it to determine the validity of the mortgage, namely, consulting the solicitors." I respectfully agree with these observations.

V

The respondents further contended that the appellant's action was not maintainable because it was based on an illegal transaction. It was contended that because the mortgage was illegal the appellant's retainer of the respondents was also illegal and thus unenforceable as a basis of the appellant's action for breach of contract and negligence. In my opinion this contention is without merit. It was considered and rejected by the Appeal Division, and I am in respectful agreement with their reasons for doing so. The retainer itself was separate from the mortgage transaction and did not have an unlawful purpose to the knowledge

censés donner des conseils juridiques à la société. Ce dont ils s'occupaient, eux et le comité exécutif, c'était les aspects commerciaux ou financiers d'un prêt—c'est-à-dire le risque que présentait un emprunteur—et, à juste titre d'ailleurs, ils laissaient aux avocats dont on avait retenu les services le soin de s'occuper des aspects juridiques d'une opération. Ils auraient bien pu faire preuve de négligence si, dans un tel cas, ils s'en étaient remis à leur propre jugement juridique. Le fait que ni les administrateurs ni les membres du comité exécutif n'étaient responsables des aspects juridiques d'un prêt hypothécaire projeté a été reconnu par le juge de première instance qui affirme, à la p. 391: [TRADUCTION] «Encore une fois, je ne suis pas sans savoir que le comité exécutif n'avait pas pour fonction de se prononcer sur des questions juridiques. Leur rôle était de décider s'il convenait de consentir le prêt.» Bien que le juge Jones ait conclu qu'il n'était pas nécessaire, étant donné sa conclusion sur la question de la prescription, de trancher celle de la faute de la victime, il a affirmé, à la p. 270: [TRADUCTION] «Il était du devoir de l'avocat de faire preuve d'un niveau raisonnable de compétence et de connaissances. Cette obligation n'incombait pas aux employés de la société appelante, car ils ne s'intéressaient qu'aux aspects commerciaux de l'opération.» À la p. 278, il a ajouté que la société de fiducie [TRADUCTION] «a eu recours au seul moyen dont elle disposait pour déterminer la validité de l'hypothèque, savoir la consultation des avocats». Avec égards, je souscris à ces observations.

V

Les intimés ont allégué en outre l'irrecevabilité de l'action de l'appelante pour le motif qu'elle était fondée sur une opération illégale. On a fait valoir qu'en raison de l'illégalité de l'hypothèque, le contrat par lequel l'appelante a retenu les services des intimés était également illégal et ne pouvait donc servir de fondement à l'action de l'appelante pour rupture de contrat et négligence. Selon moi, cet argument n'est pas fondé. La Division d'appel l'a examiné et l'a écarté et, avec égards, j'approuve les raisons pour lesquelles elle l'a fait. Le contrat par lequel les services des avocats ont été retenus était distinct de l'opération hypothécaire et à la connais-

of either of the parties. A solicitor cannot raise the defence of illegality if it is only because of his negligence that the exercise of the professional services for which he was retained results in the carrying out of an illegal transaction.

VI

The final issue is whether the appellant's action in tort is statute-barred. As I indicated earlier, the appellant conceded that if its recourse against the respondents was in contract only its action was barred. As will appear, the limitations issue ultimately turns on whether the discoverability rule is to apply to the appellant's cause of action in tort.

The applicable limitation period is six years after the cause of action arose, as prescribed by s. 2(1)(e) of *The Statute of Limitations*, R.S.N.S. 1967, c. 168, as follows:

> **2** (1) The actions in this Section mentioned shall be commenced within and not after the times respectively in such Section mentioned, that is to say:
>
> . . .
>
> (e) all actions grounded upon any lending, or contract, expressed or implied, without specialty, or upon any award where the submission is not by specialty, or for money levied by execution; all actions for direct injuries to real or personal property; actions for the taking away or conversion of property, goods and chattels; actions for libel, malicious prosecution and arrest, seduction, criminal conversation; and actions for all other causes which would formerly have been brought in the form of action called trespass on the case, except as herein excepted, within six years after the cause of any such action arose;

The relevant dates are as follows: the mortgage was executed by Stonehouse and taken by the respondents as security for the loan on December 31, 1968; the certificate of title stating that the mortgage formed a first charge on the property was given by the respondents on January 17, 1969;

sance des parties, il n'avait pas d'objet illicite. Un avocat ne saurait invoquer l'illégalité comme moyen de défense si c'est uniquement à cause de sa négligence que la prestation de ses services professionnels au client qui les a retenus aboutit à l'exécution d'une opération illégale.

VI

La dernière question en litige est de savoir si l'action délictuelle de l'appelante est prescrite. Comme je l'ai fait remarquer précédemment, l'appelante reconnaît que, si elle ne pouvait exercer contre les intimés qu'un recours fondé sur le contrat, son action serait frappée de prescription. Or, nous allons constater que la question de la prescription dépend en dernière analyse de la question de savoir si la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert s'applique à la cause d'action délictuelle de l'appelante.

Suivant l'al. 2(1)e) de *The Statute of Limitations*, R.S.N.S. 1967, chap. 168, le délai de prescription applicable est de six ans à compter de la date où la cause d'action a pris naissance. L'alinéa 2(1)e) est ainsi conçu:

> [TRADUCTION] **2** (1) Les actions visées par le présent article doivent être intentées dans les délais mentionnés, c'est-à-dire:
>
> . . .
>
> e) toutes les actions fondées sur un prêt, ou un contrat, exprès ou implicite, sans acte scellé, ou sur une adjudication lorsque la soumission ne se fait pas par acte scellé, ou pour des fonds levés par voie de saisie-exécution; toutes les actions pour dommages directs causés à des biens meubles ou immeubles; les actions pour la dépossession ou l'appropriation illicite de biens meubles et de marchandises; les actions pour diffamation, pour poursuite et arrestation abusives, pour séduction, pour adultère; et toutes les autres actions qui auraient autrefois été intentées sous la forme d'une action dite pour atteinte indirecte sauf exception prévue par la présente loi, dans un délai de six ans à compter du moment où cette cause d'action a pris naissance;

Voici les dates pertinentes: l'hypothèque a été consentie par Stonehouse et acceptée par les intimés en garantie du prêt le 31 décembre 1968; le certificat de titre portant que l'hypothèque constituait une charge de premier rang grevant les biens a été remis par les intimés le 17 janvier 1969; la

the validity of the mortgage was challenged in the appellant's action for foreclosure instituted on April 21, 1977; the mortgage was held to be void by this Court on April 22, 1980; and the appellant's action for negligence was instituted on October 22, 1980.

Without deciding whether there was concurrent liability, the Appeal Division of the Nova Scotia Supreme Court held that the appellant's action was statute-barred, whether it was in contract or in tort. It held that the appellant's cause of action for negligence, however characterized, arose for purposes of *The Statute of Limitations* when the negligence occurred and not when it was discovered or ought to have been discovered by the appellant with the exercise of reasonable diligence. As to when the breach of duty and damage occurred, Jones J.A. said at p. 274: "In this case the negligence occurred when the solicitors gave the certificate of title. As found by the Supreme Court of Canada, the mortgage was void when it was delivered. The loss at that point was the face value of the defective mortgage." In support of his conclusion on the limitations issue Jones J.A. relied particularly on the opinion of Laskin J.A. in *Schwebel v. Telekes*, in which he held, following *Howell v. Young*, that whether the cause of action for negligence against the notary public was viewed as being in contract or in tort it arose for purposes of the statute of limitations when the breach of duty occurred and not when it was discovered or should have been discovered. Jones J.A. also referred to *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758, in which the House of Lords acknowledged the harshness or injustice of the rule that a cause of action for negligence may arise for purposes of the statute of limitations before the injured party has discovered or could have discovered the negligence but held that the rule could be changed only by legislation. Jones J.A. was of the view that to apply the discoverability rule would be in effect to amend *The Statute of Limitations*.

validité de l'hypothèque a été contestée dans l'action en forclusion intentée par l'appelante le 21 avril 1977; l'hypothèque a été déclarée nulle par cette Cour le 22 avril 1980 et l'appelante a intenté son action pour négligence le 22 octobre 1980.

La Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse, sans décider s'il y avait responsabilité concurrente, a conclu que l'action de l'appelante était prescrite, que son fondement fût contractuel ou délictuel. Elle a jugé que la cause de l'action de l'appelante pour négligence, peu importe la manière de la qualifier, a pris naissance aux fins de *The Statute of Limitations* lorsque la négligence s'est produite et non pas lorsqu'elle a été découverte ou aurait dû l'être par l'appelante si elle avait fait preuve de diligence raisonnable. Quant au moment où sont survenus le manquement à l'obligation et le préjudice, le juge Jones affirme à la p. 274: [TRADUCTION] «En l'espèce, il y a eu négligence lorsque les avocats ont remis le certificat de titre. Comme l'a conclu la Cour suprême du Canada, l'hypothèque était nulle lorsqu'elle a été consentie. La perte à ce moment-là équivalait à la valeur nominale de l'hypothèque viciée.» À l'appui de sa conclusion sur la question de la prescription, le juge Jones a invoqué particulièrement l'opinion exprimée par le juge Laskin de la Cour d'appel dans l'arrêt *Schwebel v. Telekes*, où il a décidé, en suivant la décision *Howell v. Young*, que peu importe que la cause de l'action pour négligence contre le notaire soit considérée comme ayant un fondement contractuel ou délictuel, elle a pris naissance aux fins de la prescription au moment du manquement à l'obligation et non pas quand il a été ou aurait dû être découvert. Le juge Jones s'est référé également à l'arrêt *Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.*, [1963] A.C. 758, dans lequel la Chambre des lords a reconnu la sévérité ou l'injustice de la règle voulant qu'une cause d'action pour négligence puisse prendre naissance, aux fins de la prescription, avant que la partie lésée n'ait découvert la négligence ou n'ait pu la découvrir, mais elle a conclu que cette règle ne pouvait être changée que par voie législative. Le juge Jones a estimé que l'application de la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert reviendrait à modifier *The Statute of Limitations*.

The appellant made alternative submissions on the limitations issue: (a) if the rule that should govern is the one applied in *Cartledge*, that a cause of action for negligence arises when damage occurs whether or not it has been discovered or ought to have been discovered, the appellant's action in tort is not statute-barred because the damage did not occur before the mortgage was declared to be void by this Court on April 22, 1980; and (b) if the applicable rule, as the appellant contends, is that a cause of action for negligence does not arise for purposes of the statute of limitations before the damage is discovered or ought to have been discovered by the exercise of reasonable diligence, the basis of the appellant's cause of action in tort was discoverable at the earliest in April or May 1977 when the validity of the mortgage was challenged in the action for foreclosure.

Sur la question de la prescription, l'appelante a fait valoir: a) que, si la règle à retenir est celle appliquée dans l'arrêt *Cartledge*, savoir qu'une cause d'action pour négligence prend naissance au moment où le préjudice est causé peu importe qu'on l'ait découvert ou qu'on aurait dû le découvrir, l'action délictuelle de l'appelante n'est pas prescrite parce que le préjudice n'a pas été causé avant que l'hypothèque soit déclarée nulle par cette Cour le 22 avril 1980; et b) subsidiairement que, si la règle applicable, comme le soutient l'appelante, est qu'une cause d'action pour négligence ne prend pas naissance aux fins de la prescription avant que le préjudice soit découvert ou qu'il aurait dû l'être si on avait fait preuve de diligence raisonnable, le fondement de la cause d'action délictuelle de l'appelante aurait pu être découvert au plus tôt en avril ou en mai 1977 quand la validité de l'hypothèque a été contestée dans l'action en forclusion.

If the discoverability rule were not to apply, I would agree that the cause of action in tort arose when damage occurred, according to the established rule affirmed in *Cartledge* and applied in *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, at p. 433 and *Forster v. Outred & Co.*, to the concurrent liability in tort of solicitors to clients. As I indicated earlier, the reference in *Howell v. Young* (followed in *Schwebel*), in the context of a consideration of possible concurrent liability, to the time when the breach of duty, rather than the damage, occurred has been questioned by commentators. The better view, as I have suggested, is that the courts had in mind the usual case of solicitor's negligence where actual damage, if not ultimate financial loss, occurs at the same time as the breach of duty. There would appear to be no reason in principle why the established distinction in this regard between a cause of action in contract and a cause of action in tort should not apply to a case of concurrent liability. This does not, however, in my opinion, assist the appellant. Although the mortgage was not declared by final judgment to be void until April 22, 1980, it was void *ab initio* and actual damage occurred when the respondents took it on December 31, 1968 because as a result the Nova Scotia Trust Company

Si la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert ne s'appliquait pas, je serais d'accord pour dire que la cause d'action délictuelle a pris naissance quand le préjudice a été causé, conformément à la règle bien établie énoncée dans l'arrêt *Cartledge* et appliquée, dans les décisions *Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp*, à la p. 433, et *Forster v. Outred & Co.*, à la responsabilité délictuelle concurrente qu'ont les avocats envers leurs clients. J'ai déjà souligné que les glossateurs se sont interrogés au sujet de la mention, dans la décision *Howell v. Young* (suivie dans l'arrêt *Schwebel*) dans le cadre d'un examen de la question de savoir s'il y avait responsabilité concurrente, du moment où s'est produit le manquement à l'obligation, plutôt que le préjudice. Comme je l'ai laissé entendre, le point de vue à retenir est que les tribunaux avaient à l'esprit le cas habituel de négligence d'un avocat où le préjudice comme tel, voire même la perte financière qui en résulte, coïncide avec le manquement à l'obligation. Il ne semblerait y avoir aucune raison de principe pour laquelle la distinction établie à cet égard entre une cause d'action contractuelle et une cause d'action délictuelle ne devrait pas s'appliquer à un cas de responsabilité concurrente. J'estime toutefois que cela n'est d'aucun secours à

acquired no interest in the Stonehouse property as security for its loan. Cf. *Forster v. Outred.*

It is necessary then to consider the appellant's alternative submission on the limitations issue. The question raised by this submission, as I see it, is whether there is any reason why the judgment of the majority in *City of Kamloops v. Nielsen*, [1984] S.C.R. 2, which applied the discoverability rule to the limitation period in s. 738(2) of the *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, c. 255, should not be followed with respect to the appellant's cause of action in tort under s. 2(1)(e) of the Nova Scotia *Statute of Limitations*, R.S.N.S. 1967, c. 168.

Kamloops involved a claim against a municipality for negligent failure to prevent the construction of a house with defective foundations. Section 738(2) of the *Municipal Act* provided that such an action must be brought within one year "after the cause of such action shall have arisen", and s. 739 provided that notice of the damage must be given to the municipality within two months "from and after the date on which such damage was sustained". Counsel for the municipality conceded that time began to run under both sections from the date the plaintiff actually discovered the damage or ought to have discovered it by the exercise of reasonable diligence. The issue was when he should have discovered it. The British Columbia Court of Appeal accepted this view of the law, citing *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858 (C.A.), in support of the discoverability rule.

l'appelante. Bien que le jugement définitif portant nullité de l'hypothèque n'ait été rendu que le 22 avril 1980, elle était nulle dès le départ et un préjudice réel a été causé dès que les intimés l'ont prise le 31 décembre 1968 parce que, en conséquence, Nova Scotia Trust Company n'a acquis sur la propriété de Stonehouse aucun droit en garantie du prêt qu'elle a consenti. Cf. *Forster v. Outred.*

Il est donc nécessaire d'étudier l'argument subsidiaire de l'appelante sur la prescription. La question soulevée par cet argument, d'après moi, est de savoir s'il existe une raison pour laquelle l'arrêt de la Cour à la majorité, *City of Kamloops c. Nielsen*, [1984] 2 R.C.S. 2, qui a appliqué la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert au délai de prescription prévu par le par. 738(2) de la *Municipal Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 255, ne devrait pas être suivi à l'égard de la cause d'action délictuelle que possède l'appelante en vertu de l'al. 2(1)e) de *The Statute of Limitations* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1967, chap. 168.

Dans l'affaire *Kamloops*, il s'agissait d'une réclamation contre une municipalité pour la négligence dont elle avait fait preuve en n'empêchant pas la construction d'une maison dont les fondations étaient défectueuses. Le paragraphe 738(2) de la *Municipal Act* portait qu'une telle action devait être intentée dans un délai d'un an [TRADUCTION] «après que la cause d'action a pris naissance», et l'art. 739 disposait qu'un avis du dommage devait être donné à la municipalité dans les deux mois [TRADUCTION] «qui suivent la date où le dommage a été causé». L'avocat de la municipalité a reconnu que le délai commençait à courir aux fins des deux dispositions à compter de la date où le demandeur a réellement constaté le dommage ou aurait dû le constater s'il avait fait preuve de diligence raisonnable. La question était de savoir à quel moment il aurait dû le constater. La Cour d'appel de la Colombie-Britannique a accepté cette conception du droit applicable, en citant l'arrêt *Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.*, [1976] Q.B. 858 (C.A.), à l'appui de la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert.

Limitation of actions was not an issue when the appeal in *Kamloops* was argued in this Court but after the decision of the House of Lords in *Pirelli General Cable Works Ltd. v. Oscar Faber & Partners*, [1983] 2 A.C. 1, the Court called for written submissions on the question. In *Pirelli*, the House of Lords held that the date of accrual of a cause of action in tort for damage caused by the negligent design or construction of a building was the date when the damage came into existence, and not the date when the damage was discovered or should have been discovered by the exercise of reasonable diligence. *Cartledge* was applied and *Sparham-Souter* disapproved on this issue. As in *Cartledge*, the House of Lords acknowledged the injustice of the established rule but was of the opinion that it could only be changed by legislation. In *Cartledge*, the House of Lords attached particular importance to s. 26 of the *Limitation Act, 1939*, which provided that in certain cases of fraud and mistake "the period of limitation shall not begin to run until the plaintiff has discovered the fraud or the mistake, as the case may be, or could with reasonable diligence have discovered it", as indicating the limited application to be given to the discoverability rule. In *Pirelli*, which involved an action against engineers for negligence with respect to the design of a chimney, the House of Lords had the further expression of legislative intent reflected in the amendment made by the *Limitation Act 1963* to remedy the injustice demonstrated by *Cartledge* in cases of personal injury. Lord Fraser of Tullybelton said at p. 14 that the amendment of 1963, confined as it was to personal injury cases, indicated that "Parliament deliberately left the law unchanged so far as actions for damages of other sorts was concerned". Both Lord Fraser and Lord Scarman, however, adverted to the more general reason for leaving such an important change in the law affecting the limitations of actions to the legislature: the inability of the courts to provide a satisfactory scheme for the accommodation of the competing interests, including the provision of an outside limit or "final longstop date", as Lord Fraser referred to it. Lord Fraser put the general

La question de la prescription n'a pas été soulevée au cours des débats devant cette Cour dans l'affaire *Kamloops*, mais, à la suite de l'arrêt de la Chambre des lords *Pirelli General Cable Works Ltd. v. Oscar Faber & Partners*, [1983] 2 A.C. 1, la Cour a demandé qu'on présente des observations écrites sur la question. Dans l'arrêt *Pirelli*, la Chambre des lords a conclu que la date à laquelle prend naissance une cause d'action délictuelle pour le préjudice résultant de la négligence dans la conception ou la construction d'un édifice était la date à laquelle le préjudice a été causé, et non pas celle où il a été découvert ou aurait dû l'être si on avait fait preuve de diligence raisonnable. Sur cette question, l'arrêt *Cartledge* a été appliqué et l'arrêt *Sparham-Souter* critiqué. Comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Cartledge*, la Chambre des lords a reconnu l'injustice de la règle établie, mais elle a estimé que cette dernière ne pouvait être modifiée que par voie législative. Dans l'arrêt *Cartledge*, la Chambre des lords a attaché une importance toute particulière à l'art. 26 de la *Limitation Act, 1939*, qui prévoyait que dans certains cas de dol et d'erreur [TRADUCTION] «le délai de prescription ne commence à courir que lorsque le demandeur a découvert le dol ou l'erreur, selon le cas, ou lorsqu'il aurait pu le découvrir s'il avait fait preuve de diligence raisonnable», pour le motif qu'il indiquait l'application restreinte qui devait être faite de la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert. Dans l'affaire *Pirelli*, où il s'agissait d'une action intentée contre des ingénieurs pour avoir fait preuve de négligence dans la conception d'une cheminée, la Chambre des lords disposait de la nouvelle expression de l'intention du législateur qui ressortait de la modification apportée par la *Limitation Act 1963* afin de remédier à l'injustice révélée par l'arrêt *Cartledge* dans les cas où il y avait préjudice corporel. Lord Fraser of Tullybelton affirme, à la p. 14, que la modification de 1963 ne visait que les cas de préjudice corporel, ce qui indiquait que [TRADUCTION] «le Parlement s'est délibérément abstenu de modifier la règle applicable aux autres types d'actions en dommages-intérêts». Cependant, lord Fraser et lord Scarman se sont référés tous les deux à la raison plus générale pour laquelle un changement aussi important de la règle en matière

objection to the judicial introduction of the discoverability rule as follows at p. 19:

Postponement of the accrual of the cause of action until the date of discoverability may involve the investigation of facts many years after their occurrence — see, for example, *Dennis* v. *Charnwood Borough Council* [1983] Q.B. 409 — with possible unfairness to the defendants, unless a final longstop date is prescribed, as in sections 6 and 7 of the Prescription and Limitation (Scotland) Act 1973. If there is any question of altering this branch of the law, this is, in my opinion, a clear case where any alteration should be made by legislation, and not by judicial decision, because this is, in the words of Lord Simon of Glaisdale in *Miliangos* v. *George Frank (Textiles) Ltd.* [1976] A.C. 443, 480: "a decision which demands a far wider range of review than is available to courts following our traditional and valuable adversary system — the sort of review compassed by an inter-departmental committee." I express the hope that Parliament will soon take action to remedy the unsatisfactory state of the law on this subject.

Lord Scarman spoke in a similar vein as follows at p. 19:

It is tempting to suggest that in accordance with the *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 W.L.R. 1234, the House might consider it right to depart from the decision in *Cartledge*. But the reform needed is not the substitution of a new principle or rule of law for an existing one but a detailed set of provisions to replace existing statute law. The true way forward is not by departure from precedent but by amending legislation. Fortunately reform may be expected, since the Lord Chancellor has already referred the problem of latent damage and date of accrual of cause of action to his law reform committee.

de prescription devait être laissé au législateur: l'incapacité des tribunaux d'établir un régime adéquat permettant de concilier les intérêts opposés, notamment en fixant un délai maximal ou une [TRADUCTION] «date limite», pour reprendre l'expression de lord Fraser. À la page 19, lord Fraser formule ainsi l'argument général qu'on oppose à l'introduction par les tribunaux de la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert:

[TRADUCTION] Si la cause d'action ne devait prendre naissance qu'à la date où le dommage a pu être découvert, cela pourrait entraîner une enquête sur des faits bien des années après leur survenance— voir, par exemple, *Dennis* v. *Charnwood Borough Council* [1983] Q.B. 409—avec la possibilité d'injustice envers la défenderesse, à moins qu'une date limite ne soit prescrite, comme le font les articles 6 et 7 de la Prescription and Limitation (Scotland) Act 1973. Dans la mesure où il est question de modifier ce domaine du droit, on est ici, selon moi, manifestement en présence d'un cas où cette modification doit être apportée par voie législative et non par décision judiciaire parce qu'il s'agit, pour reprendre les termes de lord Simon of Glaisdale dans l'arrêt *Miliangos* v. *George Frank (Textiles) Ltd.* [1976] A.C. 443, à la p. 480, d'une «décision qui exige un examen beaucoup plus poussé que ce qui est possible devant les tribunaux dans notre admirable système contradictoire traditionnel—le type d'examen enfin que pourrait entreprendre un comité interministériel.» J'espère bien que le Parlement prendra bientôt des mesures pour remédier à l'état peu satisfaisant du droit dans ce domaine.

Lord Scarman se prononce dans le même sens, à la p. 19:

[TRADUCTION] On est tenté de laisser entendre que, conformément à l'affaire *Practice Statement (Judicial Precedent)* [1966] 1 W.L.R. 1234, la Chambre pourrait s'estimer justifiée de s'éloigner de l'arrêt *Cartledge*. Mais la réforme qui s'impose n'est pas la substitution d'un nouveau principe ou d'une nouvelle règle de droit à un principe ou à une règle déjà existants; ce qu'il faut c'est un ensemble détaillé de dispositions qui viendront remplacer la législation actuelle. La véritable façon de progresser consiste non pas à s'écarter des précédents, mais à modifier la loi. Heureusement, on peut s'attendre à une réforme, car le lord chancelier a déjà soumis à son comité de réforme du droit le problème du préjudice latent et de la date à laquelle la cause d'action prend naissance.

These considerations were obviously before the Court in *Kamloops*, yet in spite of them the majority chose to apply the discoverability rule to s. 738(2) of the *Municipal Act*. While noting the importance attached in *Cartledge* to s. 26 of the *Limitation Act, 1939*, they did not suggest that *Cartledge* and *Pirelli* were distinguishable because of the particular legislative context in *Kamloops*. Indeed, it is questionable whether they were distinguishable on that basis. While s. 738(2) was in force, prior to its repeal and replacement by s. 16 of the *Limitations Act*, S.B.C. 1975, c. 37, which makes express provision for the discoverability rule and an outside limit, the *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1948, c. 191, afforded a similar basis for an argument as to legislative intent in s. 38, which provided that the right of action for the recovery of any land or rent of which a person may have been deprived by concealed fraud "shall be deemed to have first accrued at and not before the time at which such fraud shall or with reasonable diligence might have been first known or discovered". There is a similar provision in s. 28 of the Nova Scotia *Statute of Limitations*, R.S.N.S. 1967, c. 168. Although Wilson J., who delivered the judgment of the majority in *Kamloops*, did not comment explicitly on the opinion that the introduction of the discoverability rule should be left to legislative rather than judicial decision, it is an obvious implication of her reasons and conclusion that she disagreed with the views on this question expressed in *Cartledge* and *Pirelli*. She appears to have been led to this conclusion essentially by the acknowledged injustice of the rule applied out of judicial restraint in those cases. Referring to *Pirelli*, she said at p. 40:

> But perhaps the most serious concern is the injustice of a law which statute-bars a claim before the plaintiff is even aware of its existence. Lord Fraser and Lord Scarman were clearly concerned over this but con-

De toute évidence, ces points avaient été soulevés en cette Cour dans l'affaire *Kamloops* et néanmoins la Cour à la majorité a décidé d'appliquer au par. 738(2) de la *Municipal Act* la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert. Quoiqu'elle ait souligné l'importance attachée dans l'arrêt *Cartledge* à l'art. 26 de la *Limitation Act, 1939*, la Cour n'a pas laissé entendre qu'une distinction pouvait être faite d'avec les arrêts *Cartledge* et *Pirelli* en raison du contexte législatif particulier de l'affaire *Kamloops*. En fait, on peut se demander s'ils pouvaient être distingués pour ce motif. Au moment même où le par. 738(2) était en vigueur, avant d'être abrogé et remplacé par l'art. 16 de la *Limitations Act*, S.B.C. 1975, chap. 37, qui prévoit expressément l'application de la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert et fixe un délai maximal, la *Statute of Limitations*, R.S.B.C. 1948, chap. 191, art. 38, offrait la même possibilité d'un argument relatif à l'intention du législateur. L'article 38 portait que le droit d'action en recouvrement d'un bien-fonds ou des loyers dont une personne a pu être privée par suite d'un dol caché [TRADUCTION] «est réputé avoir pris naissance au moment précis où le dol a été constaté ou découvert ou aurait pu l'être si on avait fait preuve de diligence raisonnable». L'article 28 de la *Statute of Limitations* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1967, chap. 168, contient une disposition analogue. Quoique le juge Wilson, qui a rendu le jugement de la Cour à la majorité dans l'affaire *Kamloops*, n'ait pas commenté explicitement l'opinion selon laquelle la décision d'introduire la règle du moment où le préjudice aurait pu être découvert devrait être prise par le législateur plutôt que par les tribunaux, il découle manifestement de ses motifs et de la conclusion qu'elle a tirée qu'elle ne partageait pas les avis exprimés sur cette question dans les arrêts *Cartledge* et *Pirelli*. Elle semble avoir été amenée à tirer cette conclusion essentiellement en raison de l'injustice reconnue de la règle que les tribunaux, dans un esprit de réserve, ont appliquée dans ces affaires. Parlant de l'arrêt *Pirelli*, elle dit, à la p. 40:

> Mais ce dont on se préoccupe peut-être le plus est l'injustice d'une règle suivant laquelle une réclamation est prescrite avant même que le demandeur prenne conscience de son existence. Lord Fraser et lord Scar-

sidered themselves bound by *Cartledge*. The only solution in their eyes was the intervention of the legislature.

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

I am thus of the view that the judgment of the majority in *Kamloops* laid down a general rule that a cause of action arises for purposes of a limitation period when the material facts on which it is based have been discovered or ought to have been discovered by the plaintiff by the exercise of reasonable diligence, and that that rule should be followed and applied to the appellant's cause of action in tort against the respondents under the Nova Scotia *Statute of Limitations*, R.S.N.S. 1967, c. 168. There is no principled reason, in my opinion, for distinguishing in this regard between an action for injury to property and an action for the recovery of purely financial loss caused by professional negligence, as was suggested in *Forster v. Outred*, at pp. 765-66. Since the respondents gave the Nova Scotia Trust Company a certificate on January 17, 1969 that the mortgage was a first charge on the Stonehouse property, thereby implying that it was a valid mortgage, the earliest that it can be said that the appellant discovered or should have discovered the respondents' negligence by the exercise of reasonable diligence was in April or May 1977 when the validity of the mortgage was challenged in the action for foreclosure. Accordingly the appellant's cause of action in tort did not arise before that date and its action for negligence against the respondents is not statute-barred.

man étaient nettement préoccupés par cela mais ils s'estimaient liés par l'arrêt *Cartledge*. L'intervention du législateur constituait, à leurs yeux, la seule solution.

Il est heureusement loisible à cette Cour d'adopter ou de rejeter l'arrêt *Pirelli*. Je suis d'avis de le rejeter. Cela ne signifie pas que l'arrêt *Sparham-Souter* ne présente aucun problème. Comme le souligne lord Fraser dans l'arrêt *Pirelli*, le report de la naissance de la cause d'action à la date où il est possible de découvrir le dommage peut faire en sorte que les cours vont examiner les faits plusieurs années après leur survenance. L'arrêt *Dennis v. Charnwood Borough Council*, [1982] 3 All E.R. 486, en est un exemple classique. Il me semble toutefois beaucoup plus constituer le moindre de deux maux.

Je suis donc d'avis que le jugement de la Cour à la majorité dans l'affaire *Kamloops* pose une règle générale selon laquelle une cause d'action prend naissance, aux fins de la prescription, lorsque les faits importants sur lesquels repose cette cause d'action ont été découverts par le demandeur ou auraient dû l'être s'il avait fait preuve de diligence raisonnable; j'estime en outre qu'on doit suivre cette règle et l'appliquer à la cause d'action délictuelle que possède l'appelante contre les intimés, en vertu de *The Statute of Limitations* de la Nouvelle-Écosse, R.S.N.S. 1967, chap. 168. Il n'y a, selon moi, aucune raison de principe de faire une distinction à cet égard entre une action pour dommages causés à un bien et une action en indemnisation pour le préjudice purement financier causé par la négligence professionnelle, comme on a proposé de le faire dans la décision *Forster v. Outred*, précitée, aux pp. 765 et 766. Puisque les intimés ont remis à Nova Scotia Trust Company le 17 janvier 1969 un certificat portant que l'hypothèque constituait une charge de premier rang grevant la propriété de Stonehouse, donnant ainsi à entendre qu'il s'agissait d'une hypothèque valide, on pourrait prétendre que ce n'est qu'en avril ou en mai 1977, au moment où la validité de l'hypothèque a été contestée dans l'action en forclusion, que l'appelante a découvert la négligence des intimés ou aurait dû la découvrir si elle avait fait preuve de diligence raisonnable. En conséquence, la cause d'action délictuelle de l'appelante n'a pas pris naissance avant cette date et son action pour négligence contre les intimés n'est pas prescrite.

For these reasons I would allow the appeal, set aside the judgments of the Trial Division and the Appeal Division of the Supreme Court of Nova Scotia and enter judgment against the respondents ordering them to pay to the appellant, in accordance with the agreement of the parties as to quantum, the sum of $424,434.04 outstanding on the mortgage for principal, interest and taxes, plus interest accruing daily after April 14, 1982 at the rate of $156.93 and legal fees of $56,759.46 incurred by the appellant in attempting to enforce the mortgage, the whole with costs in this Court and in the Trial and Appeal Divisions.

Appeal allowed with costs.

Solicitor for the appellant: R. A. Cluney, Halifax.

Solicitor for the respondents: Arthur W. R. Moreira, Halifax.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer les jugements de la Division de première instance et de la Division d'appel de la Cour suprême de la Nouvelle-Écosse et d'inscrire contre les intimés un jugement leur ordonnant de verser à l'appelante, conformément à l'entente intervenue entre les parties relativement au montant réclamé, la somme de 424 434,04 $ au titre de l'hypothèque (capital, intérêts et impôts) plus les intérêts courus après le 14 avril 1982 au taux de 156,93 $ par jour ainsi que des frais de justice de 56 759,46 $ engagés par l'appelante pour tenter d'obtenir l'exécution de l'hypothèque, le tout avec dépens en cette Cour et dans les divisions de première instance et d'appel.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureur de l'appelante: R. A. Cluney, Halifax.

Procureur des intimés: Arthur W. R. Moreira, Halifax.

Corporal V. B. Scowby, Corporal W. L. Ganes, Constable J. A. Clarke, Constable A. R. Hopper, Constable B. C. Woodward, and Stephen B. MacBride *Appellants*

v.

Peter Glendinning, Chairman of a Board of Inquiry Constituted Pursuant to Section 29 of *The Saskatchewan Human Rights Code* *Respondent*

and

Attorney General for Ontario, Attorney General of Quebec, Attorney General for New Brunswick, Attorney General for Alberta, Attorney General for Saskatchewan *Interveners*

INDEXED AS: SCOWBY *v.* GLENDINNING

File No.: 17739.

1985: February 19; 1986: October 9.

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

Constitutional law — Division of powers — Judicial powers — Allegations of arbitrary arrest and detention contrary to provincial human rights code — Provincial offence overlapping tort of false imprisonment — Adjudication of tort reserved to s. 96 courts — Whether or not provincial human rights commission had jurisdiction to investigate and adjudicate on complaints — Constitution Act, 1867, s. 96 — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, ss. 7, 29(1), (2), 31(7), (8), 35.

Constitutional law — Division of powers — Criminal law and procedure in criminal matters — Allegations of arbitrary arrest contrary to provincial human rights code — Whether arbitrary arrest a matter of criminal law or criminal procedure.

Police — Regulation — R.C.M.P. — Allegations of arbitrary arrest contrary to provincial human rights code — Administration and direction of R.C.M.P.

Caporal V. B. Scowby, caporal W. L. Ganes, agent J. A. Clarke, agent A. R. Hopper, agent B. C. Woodward et Stephen B. MacBride *Appelants*

c.

Peter Glendinning, président d'une commission d'enquête constituée conformément à l'article 29 de *The Saskatchewan Human Rights Code* *Intimé*

et

Procureur général de l'Ontario, procureur général du Québec, procureur général du Nouveau-Brunswick, procureur général de l'Alberta, procureur général de la Saskatchewan *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: SCOWBY *c.* GLENDINNING

N° du greffe: 17739.

1985: 19 février; 1986: 9 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 LA SASKATCHEWAN

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Pouvoirs judiciaires — Allégations d'arrestation et de détention arbitraires contrairement à un code provincial des droits de la personne — Infraction à une loi provinciale recoupant le délit d'emprisonnement illégal — Les décisions portant sur les délits sont réservées aux tribunaux visés par l'art. 96 — Une commission provinciale des droits de la personne a-t-elle compétence pour enquêter et rendre une décision sur des plaintes? — Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 — The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1, art. 7, 29(1), (2), 31(7), (8), 35.

Droit constitutionnel — Partage des compétences — Droit criminel et procédure en matière criminelle — Allégations d'arrestation arbitraire contrairement à un code provincial des droits de la personne — L'arrestation arbitraire relève-t-elle du droit criminel ou de la procédure en matière criminelle?

Police — Règlement — G.R.C. — Allégations d'arrestation arbitraire contrairement à un code provincial des droits de la personne — L'administration et la

exclusive federal power — Whether individual officers subject to provincial law.

Appellants, R.C.M.P. officers in Saskatchewan, arrested a man in a hunting cabin for assaulting a conservation officer and then ordered the other occupants from the cabin, without dressing and hands on their heads, and told them to lie on the ground. After half an hour in sub-zero weather the complainants were told to get up one at a time, asked their names and addresses, and told to go back into the cabin. A complaint of arbitrary arrest, contrary to s. 7 of *The Saskatchewan Human Rights Code*, was made to the Saskatchewan Human Rights Commission. The Commission investigated the matter, informed appellants of their finding and proposed a settlement. When the officers did not respond, a Board of Inquiry was established to formally investigate the matter. The Commission took the position that although the force was subject to federal regulation its individual officers were subject to the provisions of *The Saskatchewan Human Rights Code*. An order of prohibition granted the appellants in the Saskatchewan Court of Queen's Bench was quashed on appeal. At issue here was whether the Board of Inquiry could validly conduct an inquiry into a complaint lodged against R.C.M.P. officers under a provincial code of human rights.

Held (Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ. dissenting): The appeal should be allowed.

Per Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Le Dain JJ.: Section 7 of *The Saskatchewan Human Rights Code* is inoperative in relation to arrest or detention under the criminal law. The *Constitution Act, 1867* assigned Parliament exclusive jurisdiction over criminal law and criminal procedure in the widest sense. The requirements in s. 7, that a detention be judicially determined immediately and that notice be given of the charge, appear to be derived from the law of *habeas corpus* and were therefore, when sought to be applied in the context of criminal proceedings, encompassed by the criminal law power. The section's attempt to create the offence of arbitrary arrest went beyond regulating the civil consequences of unlawful arrest when it purported to define the boundaries of an authorized arrest. The problem of avoiding the criminal characterization of this legislation was rendered insoluble once it became necessary to sever s. 35. That section was fed and sustained

gestion de la G.R.C. relèvent de la compétence exclusive du fédéral — Les agents à titre individuel sont-ils assujettis à la loi provinciale?

Les appelants, des agents de la G.R.C. en Saskatchewan, se sont rendus à une maisonnette d'une pourvoirie et y ont arrêté un homme pour voies de fait commises contre un agent de conservation. Ils ont alors ordonné aux autres occupants de sortir de la maisonnette sans se vêtir, les mains sur la tête, et leur ont dit de s'étendre sur le sol. Au bout d'une demi-heure, par une température inférieure au point de congélation, on a dit aux plaignants de se lever un par un, on leur a demandé leurs noms et adresses et on leur a dit de retourner dans la maisonnette. Une plainte, dans laquelle on alléguait qu'il y avait eu arrestation arbitraire contrairement à l'art. 7 de *The Saskatchewan Human Rights Code*, a été déposée auprès de la Commission des droits de la personne de la Saskatchewan. Après avoir fait enquête sur l'affaire, la Commission a avisé les appelants de sa conclusion et a proposé un règlement. Les agents n'ont pas répondu et une commission d'enquête a alors été constituée pour enquêter officiellement sur l'affaire. La Commission a affirmé que le corps policier était assujetti à une réglementation fédérale, mais que ses agents, à titre individuel, étaient assujettis aux dispositions de *The Saskatchewan Human Rights Code*. Une ordonnance de prohibition accordée aux appelants par la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a été annulée en appel. Il s'agit de savoir en l'espèce si la commission d'enquête pouvait validement enquêter sur une plainte déposée contre des agents de la G.R.C. conformément à un code provincial des droits de la personne.

Arrêt (le juge en chef Dickson et les juges Wilson et La Forest sont dissidents): Le pourvoi est accueilli.

Les juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Le Dain: L'article 7 de *The Saskatchewan Human Rights Code* est inopérant pour ce qui est de l'arrestation ou de la détention effectuée en vertu des dispositions du droit criminel. La *Loi constitutionnelle de 1867* a attribué au Parlement la compétence exclusive sur le droit criminel et la procédure en matière criminelle dans le sens le plus large du terme. Les exigences de l'art. 7 portant qu'une détention doit faire l'objet d'une décision judiciaire immédiate et qu'il doit y avoir notification de l'accusation, paraissent découler de la règle de l'*habeas corpus* et, par conséquent, lorsqu'on cherche à les appliquer dans le contexte de procédures criminelles, elles relèvent de la compétence en matière de droit criminel. La tentative de l'article de créer l'infraction d'arrestation arbitraire va plus loin que la réglementation des conséquences civiles de l'arrestation illégale en ce qu'il définit apparemment les limites d'une arrestation autori-

by s. 7 which could not be severed because it was the main pillar in the statutory structure. Neither could any phrase or clause of s. 7 be severed because if taken in isolation it is as much criminal law as the section when read as an entity. No question of federal paramountcy arose because there was no parallel provincial power capable of supporting the section. Given the controlling force of the criminal law power, it was not necessary to deal with the effect of s. 96 of the *Constitution Act, 1867* or to consider the question of provincial interference with the administration of purely federal institutions.

Per Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ. (dissenting): A board of inquiry, established by the Saskatchewan Human Rights Commission on a complaint of arbitrary arrest and detention contrary to *The Saskatchewan Human Rights Code*, may validly conduct an inquiry into that complaint pursuant to the Code.

The Board's inquiry into arbitrary arrest and detention did not invade the jurisdiction of a judge appointed under s. 96 of the *Constitution Act, 1867* notwithstanding the fact that the superior courts traditionally deal with the very similar tort of false arrest. This tort is to compensate a person wrongly deprived of his liberty. Section 7 of the Code, while it overlaps that tort, deals with the more modern concept of the protection of human rights which flow from the inherent dignity and equality of mankind. The judicial component is subsidiary to its institutional arrangements. Many of the common anti-discrimination functions of the Commission, such as those relating to race, colour, sex in employment and accommodation were not protected at common law and consequently, a human rights commission seeking to protect these rights could not be looked upon as exercising a function of a s. 96 judge as of the time of Confederation.

The Saskatchewan Human Rights Code provides a means of dealing with arbitrary action by police officers in the course of an unlawful arrest. The provisions of the *Criminal Code* setting forth limitations and conditions to the powers of arrest were not intended to so cover the field as to displace the province's legitimate interest in

sée. Le problème qui consiste à éviter de caractériser comme étant criminelle cette législation est devenu insoluble quand il est devenu nécessaire de diviser l'art. 35. Cet article doit son existence à l'art. 7 qui ne peut pas être divisé parce qu'il constitue le pilier principal de la structure de la Loi. De plus, aucun membre de phrase ni aucune clause de l'art. 7 ne peuvent être séparés parce que, pris isolément, ils constituent tout autant du droit criminel que si l'article était pris dans son ensemble. Aucune question de prépondérance fédérale ne se pose parce qu'il n'existe aucun pouvoir provincial parallèle susceptible d'appuyer l'article. Étant donné la force déterminante de la compétence en matière de droit criminel, il n'est pas nécessaire de traiter de l'effet de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* ni d'examiner la question de l'ingérence provinciale dans l'administration d'institutions purement fédérales.

Le juge en chef Dickson et les juges Wilson et La Forest (dissidents): Une commission d'enquête constituée par la Commission des droits de la personne de la Saskatchewan à la suite d'une plainte, dans laquelle on allègue qu'il y a eu arrestation et détention arbitraires contrairement à *The Saskatchewan Human Rights Code*, peut validement enquêter sur cette plainte conformément au Code.

L'enquête effectuée par la commission d'enquête au sujet de l'arrestation et de la détention arbitraires n'empiète pas sur la compétence d'un juge nommé en vertu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* même si, traditionnellement, ce sont les cours supérieures qui ont compétence sur le délit très semblable de l'emprisonnement illégal. Ce délit a été créé dans le but d'indemniser une personne privée à tort de sa liberté. Bien qu'il recoupe ce délit, l'art. 7 du Code porte sur le concept plus moderne de la protection des droits de la personne qui découlent de la dignité et de l'égalité inhérentes des êtres humains. L'élément judiciaire est accessoire à ses arrangements institutionnels. Plusieurs des fonctions ordinaires de lutte contre la discrimination exercées par la Commission, comme celle fondée sur la race, la couleur et le sexe, dans l'emploi et le logement, n'étaient pas protégées en *common law* et, en conséquence, une commission des droits de la personne qui cherche à protéger ces droits ne saurait être considérée comme exerçant une fonction attribuée aux juges nommés en vertu de l'art. 96 à l'époque de la Confédération.

The Saskatchewan Human Rights Code prévoit un moyen de traiter les actes arbitraires d'agents de police accomplis au cours d'une arrestation illégale. Les dispositions du *Code criminel* qui établissent les conditions et les limites du pouvoir d'arrestation ne visent pas à réglementer le domaine au point d'écarter les intérêts

its civil aspects. The provinces can, consistently with any federal law defining the legality of an arrest, deal with the civil aspects of an unlawful arrest conducted by police officers, whether the arrest purports to be in relation to an alleged breach of the *Criminal Code* or of provincial law. The criminal law is in no way interfered with by these provisions of the human rights code. The province can not only provide for the amical settlement of disputes and the education of the public but can impose civil sanctions on those who do not comply with federal norms and can provide for compensation to those who may have suffered from the norms' not being respected. This type of complementary legislation need not be frozen in the form of the common law torts of false imprisonments and malicious prosecution. A police officer acting in the course of his employment is therefore subject to prosecution where it can be established that he intentionally offended against provincial law for the protection of human rights, just as he is subject to prosecution for breaches of the provincial highways acts, unless that breach be necessary for the enforcement of his duties.

Even assuming that the enforcement of s. 7 by means of a penal provision like s. 35(2) is unconstitutional as infringing on criminal law, it does not follow that enforcement of s. 7 by the proceedings taken by the Commission pursuant to the complaint procedure set out in the Code is also unconstitutional. The legislature provided for two quite distinct procedures for giving life to the right declared in s. 7—one constitutional and one probably not. The two were not dependent on one another.

The Commission's proceedings were not an investigation into the management and administration of the R.C.M.P. but rather into the conduct of individual R.C.M.P. officers that formed the subject-matter of the complaint. The Commission, to fit into the scheme for the protection of human rights, did not need to determine what changes would be required in the practices of the R.C.M.P. to deal with the complaint. That area of investigation has been established to be one of exclusive federal competence. Rather, the Board's investigation was into the conduct of individual R.C.M.P. officers on a particular occasion and the fact that it could not constitutionally investigate the general patterns or practices of the R.C.M.P. did not prevent it from exercising its other powers in an investigation of specific unlawful

légitimes qu'a la province dans ses aspects civils. Les provinces peuvent, conformément à toute loi fédérale définissant la légalité d'une arrestation, traiter des aspects civils d'une arrestation illégale effectuée par des agents de police, peu importe que l'arrestation soit en apparence à l'égard d'une prétendue violation du *Code criminel* ou d'une loi provinciale. Ces dispositions du code des droits de la personne n'empiètent aucunement sur le droit criminel. La province peut non seulement prévoir le règlement à l'amiable des litiges et l'éducation du public, mais elle peut également imposer des sanctions civiles à ceux qui ne se conforment pas aux normes fédérales et elle peut prévoir l'indemnisation de ceux qui ont pu subir un préjudice par suite du non-respect de ces normes. Ce type de lois complémentaires n'a pas besoin d'être figé sous la forme des délits de *common law* que sont l'emprisonnement illégal et les poursuites abusives. Un agent de police qui agit dans l'exercice de ses fonctions peut donc être poursuivi lorsqu'on est en mesure de prouver qu'il a enfreint volontairement des lois provinciales relatives à la protection des droits de la personne, tout comme il peut être poursuivi pour la violation d'un code provincial de la route, à moins que cette violation n'ait été nécessaire à l'exécution de ses fonctions.

Même à supposer que l'application de l'art. 7 au moyen d'une disposition pénale comme le par. 35(2) soit inconstitutionnelle pour le motif qu'elle empiète sur le droit criminel, il ne s'ensuit pas que l'application de l'art. 7 au moyen des procédures engagées par la Commission, conformément à la procédure de plainte énoncée dans le Code, est également inconstitutionnelle. La législature a prévu deux procédures tout à fait distinctes pour appliquer le droit déclaré à l'art. 7, l'une constitutionnelle, l'autre probablement pas. Les deux ne dépendent pas l'une de l'autre.

Les procédures de la Commission des droits de la personne constituaient une enquête non pas sur la gestion et l'administration de la G.R.C., mais plutôt sur la conduite de certains agents de la G.R.C. visés par la plainte. Pour se conformer au régime de protection des droits de la personne, il n'était pas nécessaire que la Commission détermine les changements qu'il faudrait apporter aux pratiques de la G.R.C. pour régler la plainte. Il a été établi que ce domaine d'enquête relève de la compétence exclusive du fédéral. L'enquête de la Commission portait plutôt sur la conduite adoptée par certains agents de la G.R.C. dans des circonstances particulières et le fait qu'en vertu de la Constitution elle ne pouvait pas enquêter sur les méthodes ou pratiques courantes de la G.R.C. ne l'empêchait pas d'exercer ses

conduct by members of the R.C.M.P. on a particular occasion.

Aside from immunity that may arise regarding conduct in the course of duty, individual members of the R.C.M.P. are subject to provincial laws of general application in the same way as other citizens. The conclusion that members of the R.C.M.P. must conform with the law is in harmony with the approach taken in the *Royal Canadian Mounted Police Act* and its regulations. Specific conduct of individual officers in breach of the law cannot be viewed as coming within the management and administration of the R.C.M.P. and provincial investigations into allegations of such conduct are permissible. The fact that an officer's conduct might give rise to internal disciplinary action has nothing to do with the administration of a provincial law of general application like *The Saskatchewan Human Rights Code*.

Cases Cited

By Estey J.

Referred to: *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145; *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150; *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49; *Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43; *Storgoff (In re)*, [1945] S.C.R. 526; *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474.

By La Forest J. (dissenting)

Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada, [1979] 1 S.C.R. 218; *Attorney General of Alberta v. Putnam*, [1981] 2 S.C.R. 267; *Residential Tenancies Act, 1979, Re*, [1981] 1 S.C.R. 714; *B.C. Family Relations Act, Re*, [1982] 1 S.C.R. 62; *Massey-Ferguson Industries Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1981] 2 S.C.R. 413; *Christie v. York Corporation*, [1940] S.C.R. 139; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181; *Lodger's International Ltd. and O'Brien, Re* (1982), 141 D.L.R. (3d) 743, reversed on other grounds (1983), 145 D.L.R. (3d) 293; *Nykorak v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 331; *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206; *R. v. Wetmore*, [1983] 2

autres pouvoirs et de faire enquête au sujet d'une certaine conduite illégale adoptée par des membres de la G.R.C. dans des circonstances particulières.

Abstraction faite de l'immunité qui peut entrer en jeu à l'égard de leur conduite dans l'exécution de leurs fonctions, les membres de la G.R.C., à titre individuel, sont assujettis aux lois provinciales d'application générale de la même manière que les autres citoyens. La conclusion que les membres de la G.R.C. doivent respecter la loi est conforme à la ligne de conduite adoptée dans la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada* et son règlement d'application. Il n'est pas possible de considérer que la conduite précise de certains agents qui contrevient à la loi relève de la gestion et de l'administration de la G.R.C. et il peut y avoir des enquêtes provinciales sur des allégations portant sur ce genre de conduite. Le fait que la conduite d'un agent pourrait l'exposer à une mesure disciplinaire interne n'a rien à voir avec l'administration d'une loi provinciale d'application générale comme *The Saskatchewan Human Rights Code*.

Jurisprudence

Citée par le juge Estey

Arrêts mentionnés: *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145; *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150; *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49; *Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43; *Storgoff (In re)*, [1945] R.C.S. 526; *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474.

Citée par le juge La Forest (dissident)

Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada, [1979] 1 R.C.S. 218; *Procureur général de l'Alberta c. Putnam*, [1981] 2 R.C.S. 267; *Loi de 1979 sur la location résidentielle, Re*, [1981] 1 R.C.S. 714; *Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)*, [1982] 1 R.C.S. 62; *Massey-Ferguson Industries Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1981] 2 R.C.S. 413; *Christie v. York Corporation*, [1940] R.C.S. 139; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181; *Lodger's International Ltd. and O'Brien, Re* (1982), 141 D.L.R. (3d) 743, infirmé pour d'autres motifs (1983), 145 D.L.R. (3d) 293; *Nykorak v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 331; *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206; *R. c.*

S.C.R. 284; *Attorney General of Canada v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474; *Conseil des Ports Nationaux v. Langelier*, [1969] S.C.R. 60; *R. v. McLeod*, [1930] 4 D.L.R. 226; *R. v. Stradiotto*, [1973] 2 O.R. 375.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms.
Civil Code, s. 1053.
Constitution Act, 1867, ss. 91(27), 92(13), (14), (15), 96.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 25, 26, 29, 247(2), 449, 450, 451, 452, 453, 454.
Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1970, c. R-9, s. 37(3).
Royal Canadian Mounted Police Regulations, C.R.C. 1978, c. 1391, s. 25.
Rules of the Supreme Court of Canada, SOR/83-74 as amended by SOR/83-335, s. 32.
Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947, S.S. 1947, c. 35.
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, ss. 3, 7, 25, 27, 28(1), 29(1), (2), 30(1)(*a*), 31(3), (7), (8), 35(3).

Authors Cited

Dicey Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. London: Macmillan, 1959.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Laskin, Bora. "An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights" (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 77.
Pigeon, Louis-Philippe. "The Bill of Rights and the British North America Act" (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 66.
Tarnopolsky, Walter Surma. "The Iron Hand in the Velvet Glove: Administration and Enforcement of Human Rights Legislation in Canada" (1968), 46 *Can. Bar Rev.* 565.
Tarnopolsky, Walter Surma. *The Canadian Bill of Rights*, 2nd ed. Toronto: McClelland and Stewart, 1975.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1982), 148 D.L.R. (3d) 55, [1983] 4 W.W.R. 97, 23 Sask. R. 16, 4 C.H.R.R. D/1355, quashing an order of prohibition granted by Maher J. (1982), 139 D.L.R. (3d) 44, [1982] 5 W.W.R. 749, 19 Sask. R. 26, 3 C.H.R.R. D/972, with respect to a Board of Inquiry established by the Saskatchewan Human Rights Commission pursuant to *The Saskatchewan Human Rights*

Wetmore, [1983] 2 R.C.S. 284; *Procureur général du Canada c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474; *Conseil des Ports Nationaux v. Langelier*, [1969] R.C.S. 60; *R. v. McLeod*, [1930] 4 D.L.R. 226; *R. v. Stradiotto*, [1973] 2 O.R. 375.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés.
Code civil, art. 1053.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 25, 26, 29, 247(2), 449, 450, 451, 452, 453, 454.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91(27), 92(13), (14), (15), 96.
Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, S.R.C. 1970, chap. R-9, art. 37(3).
Règlement de la Gendarmerie royale du Canada, C.R.C. 1978, chap. 1391, art. 25.
Règles de la Cour suprême du Canada, DORS/83-74 modifié par DORS/83-335, art. 32.
Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947, S.S. 1947, chap. 35.
Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1, art. 3, 7, 25, 27, 28(1), 29(1), (2), 30(1)*a*), 31(3), (7), (8), 35(3).

Doctrine citée

Dicey Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. London: Macmillan, 1959.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Laskin, Bora. «An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights» (1959), 37 *R. du B. can.* 77.
Pigeon, Louis-Philippe. «The Bill of Rights and the British North America Act» (1959), 37 *R. du B. can.* 66.
Tarnopolsky, Walter Surma. «The Iron Hand in the Velvet Glove: Administration and Enforcement of Human Rights Legislation in Canada» (1968), 46 *R. du B. can.* 565.
Tarnopolsky, Walter Surma. *The Canadian Bill of Rights*, 2nd ed. Toronto: McClelland and Stewart, 1975.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1982), 148 D.L.R. (3d) 55, [1983] 4 W.W.R. 97, 23 Sask. R. 16, 4 C.H.R.R. D/1355, qui a annulé une ordonnance de prohibition accordée par le juge Maher (1982), 139 D.L.R. (3d) 44, [1982] 5 W.W.R. 749, 19 Sask. R. 26, 3 C.H.R.R. D/972, à l'égard d'une commission d'enquête constituée par la Commission des droits de la personne de la Saskatchewan confor-

Code. Appeal allowed, Dickson C.J. and Wilson and la Forest JJ. dissenting.

T. B. Smith, Q.C., S. R. Fainstein and *M. R. Kindrachuk*, for the appellants.

Milton C. Woodard, for the respondent.

John Cavarzan, Q.C., for the intervener the Attorney General for Ontario.

Réal A. Forest, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Bruce Judah, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

William Henkel, Q.C., and *Robert Maybank*, for the intervener the Attorney General for Alberta.

James C. MacPherson and *Graeme G. Mitchell*, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

The judgment of Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer and Le Dain JJ. was delivered by

ESTEY J.—There are two clear areas of law concerned in this appeal. The *Criminal Code*, in s. 247(2), makes it an offence to unlawfully confine or detain a person, and ancient principles of criminal law give a right to *habeas corpus* where detention is unlawful. On the other hand, the common law of Saskatchewan includes a right to recover damages in tort for false imprisonment. This tort action can be further controlled by provincial legislation if the province wishes to do so. Section (7) of *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, is argued to be such action, at least in part. The section provides:

7. Every person and every class of persons shall enjoy the right to freedom from arbitrary arrest or detention, and every person who is arrested or detained shall enjoy the right to an immediate judicial determination of the legality of his detention and to notice of the charges on which he is detained.

mément à *The Saskatchewan Human Rights Code*. Pourvoi accueilli, le juge en chef Dickson et les juges Wilson et La Forest sont dissidents.

T. B. Smith, c.r., S. R. Fainstein et *M. R. Kindrachuk*, pour les appelants.

Milton C. Woodard, pour l'intimé.

John Cavarzan, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Réal A. Forest, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Bruce Judah, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

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

James C. MacPherson et *Graeme G. Mitchell*, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

Version française du jugement des juges Beetz, Estey, McIntyre, Chouinard, Lamer et Le Dain rendu par

LE JUGE ESTEY — Le présent pourvoi porte sur deux domaines précis du droit. La séquestration et la détention sans autorisation légitime d'une personne constituent une infraction en vertu du par. 247(2) du *Code criminel*, et d'anciens principes de droit criminel donnent ouverture à l'*habeas corpus* lorsque la détention est illégale. Par ailleurs, la *common law* de la Saskatchewan comporte le droit, fondé sur la responsabilité délictuelle, de recouvrer des dommages-intérêts pour emprisonnement illégal. Cette action en responsabilité délictuelle peut être assujettie à un contrôle plus sévère par voie de législation provinciale si la province le souhaite. On soutient que l'art. 7 de *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, chap. S-24.1, constitue une telle mesure, du moins en partie. Voici le texte de cet article:

[TRADUCTION] **7.** Toute personne et toute catégorie de personnes ont droit à la protection contre l'arrestation ou la détention arbitraires, et toute personne arrêtée ou détenue a droit à une décision judiciaire immédiate sur la légalité de sa détention et à la notification des accusations pour lesquelles elle est détenue.

The character of s. 7 in law must be determined and the answer to that process is the answer to this appeal. The only serious challenge to its validity is that it is in relation to criminal law. If the section is in pith and substance "true criminal law" under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*, then it is *ultra vires* the province and one need not pursue inquiry into the difficulties created by its coexistence with s. 25 of the *Criminal Code*. The true character in law of s. 7 will be determined from its interpretation, taking into account the language employed by the legislature, the nature of the statute in which it is found and its position in that statute.

The province may, under s. 92(15), create an offence to enforce or support a constitutionally valid provincial law or program. "Human rights" without more is itself not such a free-standing program in the sense that not all such rights, and not all means by which such rights may be protected, fall in pith and substance within one of the heads of power in s. 92. Rather, provincial legislation protecting aspects of human rights may find constitutional validity only to the extent that it is, outside of its association with human dignity or liberty, independently valid under s. 92.

Let it be said at once that one does not approach a provincial human rights code on the basis that it is constitutionally presumptively suspect. The great bulk of the protections granted by such codes would appear to be beyond challenge as being legislation in relation to property and civil rights, or to matters of merely local or private nature. They deal, for example, with questions of discrimination in housing and employment, and equal access to goods and services. These legislative protections are valid not because they affirm interests such as liberty, or human dignity, but because the activities legislated, that is for example housing, employment, and education, are themselves legitimate areas of provincial concern under ss. 92 and 93. Here, however, we are asked to rule on the validity of a provision which does not fit into this

Il faut établir quelle est la nature juridique de l'art. 7, et la réponse à cette question constitue la solution du présent pourvoi. La seule contestation sérieuse de la validité de cet article porte qu'il a trait au droit criminel. Si, de par son caractère véritable, cet article constitue du «droit criminel» au sens du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, alors il est *ultra vires* de la province et il n'est plus nécessaire d'examiner les problèmes que crée sa coexistence avec l'art. 25 du *Code criminel*. La véritable nature juridique de l'art. 7 sera déterminée par son interprétation, compte tenu du langage utilisé par l'assemblée législative, de la nature de la loi dans laquelle il se trouve et de sa situation dans cette loi.

La province peut, aux termes du par. 92(15), créer une infraction pour mettre à exécution ou appuyer une loi ou un programme constitutionnellement valide de la province. L'expression «droits de la personne» sans plus ne constitue pas en soi un programme isolé en ce sens que ce ne sont pas tous ces droits et pas tous les moyens par lesquels ces droits peuvent être protégés qui, de par leur caractère véritable, relèvent de l'un des chefs de compétence énumérés à l'art. 92. Plutôt, la loi provinciale qui protège des aspects des droits de la personne ne peut être valide constitutionnellement que dans la mesure où elle est, outre son rapport avec la dignité ou la liberté de l'être humain, valide de manière indépendante en vertu de l'art. 92.

Il faut immédiatement préciser que l'on n'aborde pas un code provincial sur les droits de la personne en présumant au départ qu'il est suspect sur le plan constitutionnel. Les protections accordées par ces codes sembleraient en grande majorité incontestables à titre de législation relative à la propriété et aux droits civils ou à des matières d'une nature purement locale ou privée. Ces codes traitent, par exemple, de questions de discrimination en matière de logement et d'emploi et d'égalité d'accès aux biens et services. Ces protections législatives sont valides non pas parce qu'elles affirment des droits comme la liberté ou la dignité humaine, mais parce que les activités qu'elles visent, comme par exemple le logement, l'emploi et l'éducation, constituent elles-mêmes des domaines d'intérêt légitimes pour les provinces en vertu des

category. Section 7 of the Saskatchewan Code deals with arbitrary arrest. To the extent that that subject is in pith and substance a matter falling exclusively within federal legislative competence, s. 7 must be found to be *ultra vires* the province.

In my view, therefore, it is not sufficient in disposing of this appeal to point to the fact that the Saskatchewan Code provisions are, as expressed in s. 3 of the Act, aimed in unison at the common targets of promoting "recognition of the inherent dignity and the equal inalienable rights of all members of the human family", and furthering the public policies against discrimination. The preoccupation of the Code as a whole with fostering civil liberties does not compel the conclusion that all the provisions of the Code are within provincial competence under s. 92 (13), "property and civil rights". In the division of legislative powers, "civil rights" is neither synonymous with nor necessarily inclusive of matters commonly thought of as "civil rights issues".

In *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, we find several references to this basic distinction:

(a) Estey J. wrote of religious freedom that (p. 359):

> In one sense it may be styled a civil right, but it does not follow that it would be included within the phrase "Property and Civil Rights in the Province" within the meaning of s. 92(13) of the *B.N.A. Act*. On the contrary it would rather seem that such a right should be included among those upon which the Parliament of Canada might legislate for the preservation of peace, order and good government.

(b) Rand J. similarly distinguished (p. 329) "civil rights [which] arise from positive law" from "freedom of speech, religion and the inviolability of the person . . . [which] are at once the necessary attributes and modes of self-expression of human beings and the primary condi-

art. 92 et 93. Toutefois, en l'espèce, on nous demande de statuer sur la validité d'une disposition qui ne s'inscrit pas dans cette catégorie. L'article 7 du Code de la Saskatchewan traite de l'arrestation arbitraire. Dans la mesure où ce sujet est, de par son caractère véritable, une question qui relève exclusivement de la compétence législative fédérale, il faut conclure que l'art. 7 est *ultra vires* de la province.

Par conséquent, j'estime que, pour statuer sur le présent pourvoi, il ne suffit pas de souligner le fait que les dispositions du Code de la Saskatchewan, comme le prévoit l'art. 3 de la Loi, ont toutes pour objet commun de promouvoir [TRADUCTION] «la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables», et d'appliquer des politiques générales contre la discrimination. La préoccupation du Code, pris dans son ensemble, de favoriser les libertés civiles n'oblige pas à conclure que toutes les dispositions du Code relèvent de la compétence provinciale en vertu du par. 92(13), savoir «la propriété et les droits civils». Dans le partage des pouvoirs législatifs, l'expression «droits civils» ne correspond pas aux questions communément interprétées comme des «questions relatives aux droits civils» et ne vise pas nécessairement ces questions.

L'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, contient plusieurs mentions de cette distinction fondamentale:

a) Le juge Estey a écrit ce qui suit au sujet de la liberté de religion (p. 359):

> [TRADUCTION] En un sens, on peut le qualifier de droit civil, mais il ne s'ensuit pas qu'il serait compris dans l'expression «propriété et droits civils dans la province» au sens du par. 92(13) de l'*A.A.N.B.* Au contraire, il semblerait plutôt qu'un tel droit devrait faire partie des droits à l'égard desquels le Parlement du Canada aurait le droit de légiférer afin de protéger la paix, l'ordre et le bon gouvernement.

b) De même, le juge Rand a établi une distinction (p. 329) entre les [TRADUCTION] «droits civils [qui] tirent leur origine du droit positif» et [TRADUCTION] «la liberté de parole et de religion et l'inviolabilité de la personne ... [qui] sont des libertés primordiales qui consti-

tions of their community life within a legal order."

The same distinction was made again by Rand J. in *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, at p. 305.

This conclusion was adopted by Professor Laskin (as he then was) in ["An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights"] (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 77, at p. 104:

> An assessment of the civil liberty classifications in terms of legislative power leads to the conviction that, by and large, economic liberty and liberty in the human rights or egalitarian sense are, respectively, subject either to federal or to provincial legislative power or to both concurrently, according to whether the industries, undertakings or activities involved or with which these liberties are connected, are themselves within the legislative power of Parliament or a provincial legislature.

The same sort of division of powers over "liberty in the legal sense" was confirmed at p. 107, and is inherent in the restriction of the *Canadian Bill of Rights*, R.S.C. 1970, App. III, s. 5(3), to matters within the legislative authority of Parliament (on Parliament's competence to enact the Bill, compare Laskin, *supra*, with Pigeon ["The Bill of Rights and the British North America Act"] (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 66).

Just as a province has no jurisdiction to infringe a human right or liberty where the legislative provision is properly seen as falling under an exclusively federal head of power (i.e., *Saumur v. City of Quebec*, *supra*, *Switzman v. Elbling*, *supra*), a province's jurisdiction to affirmatively protect a human right or liberty must depend upon the human rights provision's independent validity under one of the heads of s. 92 (see Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), pp. 634-35, Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights* (2nd ed. 1975), pp. 55-56). *Saumur* and *Switzman*, *supra*, are the opposite of this case in that

tuent les attributs essentiels de l'être humain, son mode nécessaire d'expression et la condition fondamentale de son existence au sein d'une collectivé régie par un système juridique».

Le juge Rand a encore établi la même distinction dans l'arrêt *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, à la p. 305.

Cette conclusion a été adoptée par le professeur Laskin (plus tard juge en chef du Canada) dans [«An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights»] (1959), 37 *R. du B. can.* 77, à la p. 104:

> [TRADUCTION] Une évaluation des classifications des libertés civiles sur le plan du pouvoir législatif nous amène à conclure que, à tout prendre, la liberté sur le plan économique et la liberté en matière de droits de la personne ou dans un sens égalitaire sont, respectivement, assujetties au pouvoir fédéral ou au pouvoir provincial ou à ces deux pouvoirs en même temps, selon que les industries, entreprises ou activités concernées ou auxquelles ces libertés se rapportent, relèvent elles-mêmes du pouvoir législatif du Parlement ou de l'assemblée législative d'une province.

Le même genre de partage des pouvoirs en matière de [TRADUCTION] «liberté au sens juridique» a été confirmé à la p. 107 et est inhérent dans la restriction de l'application de la *Déclaration canadienne des droits*, S.R.C. 1970, app. III, par. 5(3), aux matières qui relèvent de la compétence législative du Parlement (quant au pouvoir du Parlement d'adopter la Déclaration, comparer Laskin, précité, avec Pigeon [«The Bill of Rights and the British North America Act»] (1959), 37 *R. du B. can.* 66).

Tout comme la province n'est pas compétente pour porter atteinte à une liberté ou à un droit de la personne lorsque la disposition législative est à bon droit considérée comme relevant d'un chef de compétence fédérale exclusive (c.-à-d. *Saumur v. City of Quebec* et *Switzman v. Elbling*, précités), la compétence d'une province pour protéger affirmativement une liberté ou un droit de la personne doit dépendre de la validité indépendante de la disposition sur les droits de la personne en vertu de l'une des rubriques de l'art. 92 (voir Hogg, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), pp. 634 et 635, Tarnopolsky, *The Canadian Bill of Rights*

there, provincial legislation had the effect of infringing civil liberties and here, the province has legislated to protect them. In principle, however, the cases are exactly the same. In each case, the essential question is whether provincial legislation is valid as in relation to property and civil rights or some other head of s. 92, or impermissibly deals with matters in relation to a subject over which Parliament has been given exclusive legislative jurisdiction. Should the root of the human rights legislation under challenge be within the territory of pure criminal law, and not in a valid provincial legislative object, it is beyond the powers of the provincial legislature. That is the basic question to be answered in this appeal.

(2nd ed. 1975), pp. 55 et 56). Les arrêts *Saumur* et *Switzman*, précités, sont à l'opposé de l'espèce en ce sens que, dans ces affaires, la loi provinciale avait pour effet de porter atteinte aux libertés civiles, alors qu'en l'espèce la province a légiféré pour les protéger. En principe toutefois, ces affaires sont exactement les mêmes. Dans chacune, la question essentielle est de savoir si la loi provinciale est valide comme se rapportant à la propriété et aux droits civils ou à quelque autre rubrique de l'art. 92, ou si elle traite d'une manière inacceptable de matières qui relèvent d'un chef de compétence législative exclusive du Parlement fédéral. Si le fondement de la loi sur les droits de la personne qui est contestée relève du pur droit criminel, et non d'un objectif législatif provincial régulier, il outrepasse les pouvoirs de la législature provinciale. C'est la question fondamentale qui doit être tranchée dans le présent pourvoi.

It is parenthetically mentioned that this restriction on the ability of the provinces, and indeed the federal Parliament, to legislate for the protection of human rights or liberties in no way diminishes the pre-eminent importance of such laws, when validly enacted. Valid human rights legislation enjoys a special status, in the sense recently enunciated by Lamer J. in *Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink*, [1982] 2 S.C.R. 145, and confirmed by the whole Court in *Winnipeg School Division No. 1 v. Craton*, [1985] 2 S.C.R. 150. Human rights codes are fundamental laws intended to apply to all other legislation of the enacting body in the absence of express words in that legislation denying it that power.

On mentionne entre parenthèses que cette restriction sur la capacité des provinces et, en fait, du Parlement fédéral de légiférer pour la protection des libertés ou des droits de la personne ne diminue nullement l'importance prééminente de ces lois lorsqu'elles sont validement adoptées. La législation valide sur les droits de la personne jouit d'un statut spécial, dans le sens énoncé récemment par le juge Lamer dans l'arrêt *Insurance Corporation of British Columbia c. Heerspink*, [1982] 2 R.C.S. 145, et confirmé par la Cour au complet dans l'arrêt *Winnipeg School Division No. 1 c. Craton*, [1985] 2 R.C.S. 150. Les codes sur les droits de la personne sont des lois fondamentales destinées à s'appliquer à toutes les autres mesures adoptées par le législateur en l'absence, dans ces mesures législatives, de termes exprès lui refusant ce pouvoir.

Criminal law is easier to recognize than to define. It is easier to say what is not criminal law than what is. Fortunately, given the wording of s. 91(27) it is not necessary to distinguish in this issue that which is substantive criminal law from that which is criminal procedure. This Court and the Privy Council have in three leading cases dealt with the definition of criminal legislation. In *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street*

Le droit criminel est plus facile à reconnaître qu'à définir. Il est plus facile de dire ce qui ne constitue pas du droit criminel que ce qui en est. Heureusement, compte tenu du texte du par. 91(27), il n'est pas nécessaire pour trancher la présente question d'établir une distinction entre le droit criminel positif et la procédure en matière criminelle. Cette Cour et le Conseil privé ont, dans trois arrêts de principe, traité de la définition de la

Railway Co., [1903] A.C. 524, the Lord Chancellor wrote at pp. 528-29:

The reservation of the criminal law for the Dominion of Canada is given in clear and intelligible words which must be construed according to their natural and ordinary signification. Those words seem to their Lordships to require, and indeed to admit, of no plainer exposition that the language itself affords. Sect. 91, sub-s. 27, of the British North America Act, 1867, reserves for the exclusive legislative authority of the Parliament of Canada "the criminal law, except the constitution of Courts of criminal jurisdiction." It is, therefore, the criminal law in its widest sense that is reserved . . . .

This was taken literally in *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310, where it was stated, at p. 324, that:

Criminal law connotes only the quality of such acts or omissions as are prohibited under appropriate penal provisions by authority of the State. The criminal quality of an act cannot be discerned by intuition; nor can it be discovered by reference to any standard but one: Is the act prohibited with penal consequences?

Such a definition is necessarily too broad, as it would permit Parliament, simply by legislating in the proper form, to colourably invade areas of exclusively provincial legislative competence. Therefore, in the *Margarine Reference* [*Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*], [1949] S.C.R. 1, it was accepted that some legitimate public purpose must underlie the prohibition.

A crime is an act which the law, with appropriate penal sanctions, forbids; but as prohibitions are not enacted in a vacuum, we can properly look for some evil or injurious or undersirable effect upon the public against which the law is directed. That effect may be in relation to social, economic or political interests; and the legislature has had in mind to suppress the evil or to safeguard the interest threatened.

(*Per* Rand J. at p. 49.)

législation en matière criminelle. Dans *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524, le lord Chancelier a écrit aux pp. 528 et 529:

[TRADUCTION] Le droit criminel est réservé au Dominion du Canada en des termes clairs et intelligibles qui doivent être interprétés selon leur sens naturel et ordinaire. Selon leurs Seigneuries, ces termes ne semblent pas exiger ni même souffrir d'énoncé plus clair que celui que fournit le texte lui-même. Le paragraphe 27 de l'art. 91 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique de 1867 réserve au Parlement du Canada la compétence législative exclusive en ce qui concerne «le droit criminel, sauf la constitution des tribunaux de juridiction criminelle.» C'est donc le droit criminel dans son sens le plus large qui est réservé . . .

Cela a été interprété littéralement dans l'arrêt *Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada*, [1931] A.C. 310, où on a déclaré, à la p. 324, que:

[TRADUCTION] Le droit est criminel en ce qu'il désigne la qualité de certains actes ou omissions qui sont interdits par l'État en vertu de dispositions pénales appropriées. La qualité criminelle d'un acte ne peut se discerner intuitivement; elle ne peut se découvrir qu'en se référant à une norme unique: l'acte est-il interdit et assorti de conséquences pénales?

Une telle définition est nécessairement trop large car elle permettrait au Parlement, simplement en légiférant de la manière appropriée, d'empiéter spécieusement sur des domaines de compétence législative provinciale exclusive. Par conséquent, dans le *Renvoi sur la margarine* [*Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*], [1949] R.C.S. 1, on a accepté que l'interdiction doit se fonder sur un objectif public légitime.

[TRADUCTION] Le crime est l'acte que la loi interdit et auquel elle attache une peine; les interdictions portant sur quelque chose, l'on peut toujours trouver à leur base une situation contre laquelle le législateur veut, dans l'intérêt public, lutter. La situation que le législateur a voulu faire cesser ou les intérêts qu'il a voulu sauvegarder peuvent être autant du domaine social que du domaine économique ou politique; et la législature avait à l'esprit de supprimer le mal ou de sauvegarder les intérêts menacés.

(Le juge Rand, à la p. 49.)

The lack of a sufficient public purpose of the relevant sort was determinative in *Boggs v. The Queen*, [1981] 1 S.C.R. 49.

The question of encroachment upon the criminal law jurisdiction of Parliament is discussed both by my colleague La Forest J. and in the judgment of the Saskatchewan Court of Appeal, below. With respect to those who reach the opposite conclusion, I conclude that provincial legislative powers cannot sustain the measure before the Court as applied to arrest or detention under the criminal law. The terms of s. 91(27) of the Constitution must be read as assigning to Parliament exclusive jurisdiction over criminal law in the widest sense of the term. Provincial legislation which in pith and substance falls inside the perimeter of that term broadly defined is *ultra vires*. Parliament's legislative jurisdiction properly founded on s. 91(27) may have a destructive force on encroaching legislation from provincial legislatures, but such is the nature of the allocation procedure in ss. 91 and 92 of the Constitution. Here we are not concerned with the result in law of the exercise by Parliament of one of its exclusive heads of jurisdiction. Indeed, the converse is the question: what, if anything, is the result in law of legislation by a province where it may be classified as essentially criminal in nature? Basic principles require the conclusion that such legislation is invalid, regardless of any perceived need for its substantive provisions, and regardless of perceived defects or gaps in the federal legislative plan (*Westendorp v. The Queen*, [1983] 1 S.C.R. 43, and see the discussion in Hogg, *supra* at pp. 313-15).

Section 7 of *The Saskatchewan Human Rights Code* creates a right to be free from "arbitrary arrest or detention" and prescribes a right of every arrested or detained person to an immediate judicial determination of the legality of that detention, and to a notice of the charge on which he is detained. The latter two requirements relate to, and indeed appear to be derived from, the ancient

L'absence d'objectif public suffisant du genre pertinent a été déterminant dans l'arrêt *Boggs c. La Reine*, [1981] 1 R.C.S. 49.

La question de l'empiétement sur la compétence du Parlement en matière de droit criminel est analysée par mon collègue le juge La Forest et par la Cour d'appel de la Saskatchewan. Avec égards pour ceux qui arrivent à la conclusion opposée, je conclus que les pouvoirs législatifs provinciaux ne peuvent appuyer la mesure devant la Cour, pour autant qu'elle s'applique à l'arrestation ou à la détention effectuée en vertu des dispositions du droit criminel. Les termes du par. 91(27) de la Constitution doivent être interprétés comme attribuant au Parlement la compétence exclusive en matière de droit criminel dans le sens plus large du terme. La législation provinciale qui, de par son caractère véritable, s'inscrit dans le cadre de cette expression dans son sens large est *ultra vires*. La compétence législative du Parlement correctement fondée sur le par. 91(27) peut avoir un effet destructeur sur une loi adoptée par une assemblée législative provinciale, qui empiète sur un domaine de compétence fédérale, mais telle est la nature de la procédure de répartition énoncées aux art. 91 et 92 de la Constitution. En l'espèce, nous ne nous intéressons pas au résultat en droit de l'exercice par le Parlement de l'un de ses chefs de compétence exclusive. En fait, c'est le contraire qui est en cause: quel est, s'il y a lieu, le résultat en droit d'une loi provinciale dont on peut dire qu'elle est de nature essentiellement criminelle? Les principes fondamentaux exigent de conclure que cette loi n'est pas valide, peu importe que l'on considère que ses dispositions de fond sont nécessaires et peu importe que l'on perçoive des défauts ou des failles dans le régime législatif fédéral (*Westendorp c. La Reine*, [1983] 1 R.C.S. 43, et voir l'analyse dans Hogg, précité, aux pp. 313 à 315).

L'article 7 de *The Saskatchewan Human Rights Code* crée le droit à la protection contre «l'arrestation ou la détention arbitraires» et prescrit que toute personne arrêtée ou détenue a droit à une décision judiciaire immédiate sur la légalité de sa détention et à la notification des accusations pour lesquelles elle est détenue. Les deux dernières exigences se rapportent à l'ancienne règle de l'*ha-*

law of *habeas corpus*. As such, where the issue arises, as it does in this appeal, in the context of the criminal law, they are clearly, in the Canadian constitutional scheme, matters of "criminal law, ... including the procedure in criminal matters" (*Storgoff (In re)*, [1945] S.C.R. 526). The structure of s. 7 and its relationship to other provisions in the statute do not afford the solution of severability of the concluding clauses of the section, which are beyond argument measures relating entirely to procedure in criminal matters if they purport to be effective to give a right to judicial review of the legality of detention by police officers acting in the course of their duties in furtherance of the criminal law.

Section 7, read as a whole and in conjunction with s. 35 of the Saskatchewan statute, also clearly purports to create an offence of arbitrary arrest or detention. Section 35 specifies that "Every person who ... abridges ... a right under this Act ... is guilty of an offence and liable ... (3) ... to a fine of not more than $2,000 ... ." The words of s. 7 cannot therefore be read as merely creating a right in a vacuum. Violation of the right is an offence attracting a penalty. The province has not here, by enacting s. 7, merely regulated the civil aspects of unlawful arrest by specifying the consequences attendant upon such arrest. The latter is generally within provincial powers (*Chartier v. Attorney General of Quebec*, [1979] 2 S.C.R. 474). Rather, here the province has purported to define the boundaries within which an arrest or detention is authorized. That is a matter which, where the arrest occurs in the course of enforcement of the criminal law, is itself in relation to criminal law or procedure. The problem of avoiding the criminal characterization of this legislation is indeed rendered insoluble once it becomes necessary to sever s. 35. That section is fed and sustained by s. 7 which of course cannot be severed because it is the main pillar in the statutory structure. Neither can any phrase or clause of s. 7 be severed because if

beas corpus et, en fait, paraissent en découler. Comme telles, lorsque la question se pose, comme c'est le cas dans le présent pourvoi, dans le contexte du droit criminel, elles sont clairement, dans le régime constitutionnel canadien, des questions de [TRADUCTION] «droit criminel ... y compris la procédure en matière criminelle» (*Storgoff (In re)*, [1945] R.C.S. 526). La structure de l'art. 7 et son rapport avec les autres dispositions du Code écartent la solution de la possibilité de diviser les clauses finales de l'article, qui sont incontestablement des mesures qui se rapportent entièrement à la procédure en matière criminelle si elles sont censées permettre de conférer un droit au contrôle judiciaire de la légalité de la détention par des agents de police qui agissent dans l'exercice de leurs fonctions d'application du droit criminel.

L'article 7, pris dans son ensemble et conjointement avec l'art. 35 de la loi en vigueur en Saskatchewan, a aussi nettement pour objet de créer l'infraction d'arrestation ou de détention arbitraires. L'article 35 précise que [TRADUCTION] «Quiconque ... porte atteinte ... à un droit prévu par la présente loi ... est coupable d'une infraction et passible ... (3) ... d'une amende d'au plus 2 000 $ ...» Les termes de l'art. 7 ne peuvent donc pas être interprétés comme créant simplement un droit dans l'absolu. La violation du droit constitue une infraction qui entraîne une peine. La province n'a pas en l'espèce, par l'adoption de l'art. 7, simplement réglementé les aspects civils de l'arrestation illégale en précisant les conséquences d'une telle arrestation. Cette dernière précision relève généralement des pouvoirs provinciaux (*Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474). Plutôt en l'espèce, la province a apparemment défini les limites à l'intérieur desquelles une arrestation ou une détention est autorisée. C'est une question qui, lorsque l'arrestation se produit dans le cadre de l'application du droit criminel, se rapporte elle-même au droit criminel ou à la procédure en matière criminelle. Le problème qui consiste à éviter de caractériser comme étant criminelle cette législation devient vraiment insoluble dès qu'il devient nécessaire de diviser l'art. 35. Cet article doit son existence à l'art. 7 qui, évidemment, ne peut pas être divisé parce qu'il constitue le pilier principal de la structure de la Loi. De

taken in isolation it is as much criminal law as is the section when read as an entity.

Section 31(8) also throws some light on the true characterization in constitutional law of s. 7. By subsection (a) the Board is empowered to award "damages" for a "contravention" if the act is committed "wilfully and recklessly". This would, in ordinary legislative parlance, connote an offence with related punishment consequences regardless of the person or entity to whom the prescribed penalty is payable. Subsection (b) is equivocal on this issue but certainly cannot undo the work of subs. (a) in the characterization process.

The term "arbitrary arrest or detention" is not defined in the statute. The *Criminal Code* of Canada deals with detention and arrest in many ways in its provisions. Section 247(2) creates the offence of forcible confinement where confinement occurs without lawful authority. Section 25(1) of the *Code* affords certain defences to a person making an arrest within the authorization of the law, including the *Criminal Code*, where he acted on reasonable and probable grounds and used only such force as was necessary for the purpose. Section 26 of the *Code* makes excessive force an offence and s. 29 requires the arresting officer to give notice of the offence to the person arrested "where it is feasible to do so". The powers of arrest without warrant under the *Criminal Code* are defined in ss. 449 and 450.

These provisions are cited not to show that the federal Parliament has occupied the field or that difficulties will be encountered in the application of two bodies of law to the same population. (These requirements arise only where the provincial legislation relates to a valid provincial object.) Rather these *Code* provisions are advanced to illustrate that the type of action taken by the provincial legislature in s. 7 has been, almost since the advent of Confederation, taken by the Parliament of Canada in the exercise of its exclusive

plus, aucun membre de phrase ni aucune clause de l'art. 7 ne peuvent être séparés parce que, pris isolément, ils constituent tout autant du droit criminel que si l'article était pris dans son ensemble.

Le paragraphe 31(8) nous éclaire aussi sur la vraie caractérisation en droit constitutionnel de l'art. 7. À l'alinéa a), la commission d'enquête est habilitée à accorder des «dommages-intérêts» pour une «violation» si l'acte a été commis [TRADUCTION] «délibérément et de manière insouciante». Dans la langue législative ordinaire, cela connoterait une infraction assortie de conséquences pénales peu importe la personne ou l'entité à qui est payable la peine prescrite. L'alinéa b) est ambigu sur cette question, mais il ne peut certainement pas annuler l'action de l'al. a) dans le processus de caractérisation.

Le Code ne définit pas l'expression «arrestation ou détention arbitraires». Le *Code criminel* du Canada traite de la détention et de l'arrestation de plusieurs manières dans ses dispositions. Le paragraphe 247(2) crée l'infraction de séquestration dans le cas où il y a incarcération sans autorisation légitime. Le paragraphe 25(1) du *Code* accorde certains moyens de défense à la personne qui effectue une arrestation sans être autorisée par la loi, y compris le *Code criminel*, lorsqu'elle a agi en s'appuyant sur des motifs raisonnables et probables et a employé seulement la force nécessaire pour cette fin. L'article 26 du *Code* prévoit que la force excessive constitue une infraction et l'art. 29 exige que l'agent qui effectue une arrestation donne avis de l'infraction à la personne arrêtée «si la chose est possible». Les pouvoirs d'arrestation sans mandat que prévoit le *Code criminel* sont définis aux art. 449 et 450.

Ces dispositions sont citées non pas pour démontrer que le Parlement fédéral a occupé le domaine ou que des difficultés surviendront dans l'application des deux ensembles de règles de droit à la même population. (Ces exigences ne se présentent que lorsque la loi provinciale se rapporte à un objectif provincial régulier.) Ces dispositions du *Code* sont plutôt présentées pour montrer que le genre de mesure prise à l'art. 7 par la législature provinciale a été, presque depuis la Confédération, prise par le Parlement du Canada dans l'exercice

sovereignty over criminal law. That is not to say that repetition produces constitutionality. It does, however, illustrate that the community through its elected representatives, and in the course of its criminal law enforcement system, has for at least a century regarded the arrest and detention provisions in the *Criminal Code* as illustrations of the broadly defined approach to criminal law in the authorities, some of which have already been cited. Words in legislation, and more particularly, words employed in constitutional documents, take on meaning from the context in which they are employed in daily life. The words "criminal law" and "criminal procedure" are no exception. These words have long been accepted by legislature and courts alike in the community as including legislation with reference to arrest and detention, arbitrary or otherwise. To the extent that these activities form the core and substance of *habeas corpus*, they have had criminal law connotations in our criminal jurisprudence in Canada and in its British predecessor from which our criminal law has evolved for over seven hundred years. We are not here, of course, concerned with any valid provincial arrest or detention powers such as may, for example, be conferred on individuals with jurisdiction to enforce valid provincial regulatory schemes or penal provisions valid under s. 92(15), such as highway control statutes, and provincial statutes permitting apprehension of juveniles or the mentally ill.

The section of the provincial statute under examination in the criminal law context in this case cannot, in my view, be seen otherwise than as an exercise by the legislature in the enunciation of criminal law as the expression has been interpreted in our courts over the years. There is no parallel valid provincial aspect or scheme which could support it in this context. Accordingly, no question of federal paramountcy need be addressed. Because of the controlling force of the criminal law power over the resolution of this appeal, I find

de sa compétence exclusive en matière de droit criminel. Cela ne veut pas dire que la répétition engendre la constitutionnalité. Toutefois, cela montre que la société, par l'entremise de ces représentants élus et dans le cadre de son régime d'application du droit criminel, a pendant au moins un siècle considéré les dispositions du *Code criminel* relatives à l'arrestation et à la détention comme des illustrations de la conception large du droit criminel qu'on trouve dans les précédents, dont certains ont déjà été cités. Les termes de la loi, et plus particulièrement, ceux employés dans les documents constitutionnels, prennent une signification d'après le contexte dans lequel ils sont employés dans la vie de tous les jours. Les expressions «droit criminel» et «procédure en matière criminelle» ne font pas exception. Ces expressions ont depuis longtemps été acceptées par les assemblées législatives et les tribunaux dans la société comme incluant les mesures législatives relatives à l'arrestation et à la détention, arbitraires ou autres. Dans la mesure où ces activités constituent l'essentiel de l'*habeas corpus*, elles ont des connotations de droit criminel dans notre jurisprudence canadienne en matière criminelle et dans la jurisprudence britannique qui l'a précédée et à partir de laquelle notre droit criminel s'est développé pendant plus de sept cents ans. Évidemment, en l'espèce nous ne nous intéressons pas aux pouvoirs provinciaux valides en matière d'arrestation et de détention qui peuvent, par exemple, être conférés à des personnes qui ont le pouvoir d'appliquer des régimes réglementaires valides ou des dispositions pénales valides aux termes du par. 92(15), comme les lois sur le contrôle routier et les lois provinciales permettant l'arrestation des jeunes ou des déficients mentaux.

À mon avis, l'article de la loi provinciale qui, en l'espèce, fait l'objet d'un examen dans le contexte du droit criminel, ne peut être interprété autrement que comme un exercice de l'assemblée législative pour ce qui est d'énoncer le droit criminel au sens où cette expression a été interprétée par nos tribunaux au cours des années. Il n'existe aucun aspect ou régime provincial parallèle valide qui pourrait l'appuyer dans ce contexte. Par conséquent, il n'est nécessaire d'examiner aucune question de prépondérance fédérale. J'estime qu'il n'est

it unnecessary to deal with the effect of s. 96 of the *Constitution Act, 1867* in matters of this kind. This was discussed by my colleague La Forest J. and by Tallis J.A. in the Court of Appeal. It is also unnecessary to consider the question of provincial interference with the administration of purely federal institutions, which was the principal theme of Maher J. in the first instance.

While s. 7 of *The Saskatchewan Human Rights Code* may validly apply to arrest or detention under provincial offences, it is in my opinion, for the reasons indicated above, constitutionally inapplicable to arrest or detention under the provisions of the criminal law and could not, therefore, validly apply to the conduct of the appellants. That being so, it is unnecessary to determine what, if any, rights the persons affected by the actions of the police officers may be entitled to under valid and applicable law. Those are issues for other tribunals in other actions.

I would therefore allow the appeal with costs.

The reasons of Dickson C.J. and Wilson and La Forest JJ. were delivered by

LA FOREST J. (dissenting)—The question to be resolved in this case is whether a board of inquiry established in consequence of a complaint made to the Saskatchewan Human Rights Commission alleging that the complainants have been subjected to arbitrary arrest and detention in violation of s. 7 of *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, may validly conduct an inquiry into the complaint pursuant to the provisions of the Code. The violation, it was alleged, was committed by R.C.M.P. officers who, under the aegis of a general policing agreement with the province, were in the course of conducting an investigation of an offence under the *Criminal Code* of Canada, R.S.C. 1970, c. C-34.

pas nécessaire de traiter de l'effet de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* dans les questions de ce genre étant donné la force déterminante de la compétence en matière de droit criminel sur le règlement du présent pourvoi. Cette question a été analysée par mon collègue le juge La Forest et par le juge Tallis de la Cour d'appel. De plus, il n'est pas nécessaire d'examiner la question de l'ingérence provinciale dans l'administration d'institutions purement fédérales, ce qui constituait le thème principal du juge Maher en première instance.

Alors que l'art. 7 de *The Saskatchewan Human Rights Code* peut validement s'appliquer à l'arrestation ou à la détention pour une infraction à une loi provinciale, je suis d'avis, pour les motifs susmentionnés, qu'il est selon la Constitution inapplicable à l'arrestation ou à la détention effectuée en vertu des dispositions du droit criminel et que, par conséquent, il ne pouvait pas validement s'appliquer à la conduite des appelants. Ainsi, il n'est pas nécessaire de déterminer quels droits, s'il y a lieu, peuvent avoir les personnes lésées par les actes des agents de police, en vertu des lois valides et applicables. Ces questions seront tranchées par d'autres tribunaux dans d'autres instances.

Par conséquent, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et des juges Wilson et La Forest rendus par

LE JUGE LA FOREST (dissident)—La question à trancher en l'espèce est celle de savoir si une commission d'enquête constituée par suite d'une plainte déposée auprès de la Commission des droits de la personne de la Saskatchewan, dans laquelle on allègue que les plaignants ont fait l'objet d'une arrestation et d'une détention arbitraires contrairement à l'art. 7 de *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, chap. S-24.1, peut validement enquêter sur cette plainte conformément aux dispositions du Code. La violation aurait été commise par des agents de la G.R.C. qui, en vertu d'un contrat général de services de police conclu avec la province, menaient une enquête relativement à une infraction au *Code criminel* du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-34.

Background

The appellants, R.C.M.P. officers, while in the course of investigating an alleged assault by Frederick Runns, Sr. against a conservation officer of the Department of Tourism and Renewable Resources of the Province of Saskatchewan, on September 28, 1980 went to a cabin at a hunting lodge where Frederick Runns, Sr. was. Also there were Joseph Dumont and Keith Deiter of Regina and Fred Runns, Jr. and Wesley Ironstar of Assiniboine Reserve, whom I shall hereafter call the complainants, who were asleep after a day's hunting. The R.C.M.P. officers are alleged to have awakened the complainants by means of a loudspeaker, and stated that Fred Runns was under arrest and ordered him to come out with his hands behind his head. Runns, Sr. complied and was apprehended. The complainants were then told to come out from the cabin with their hands over their heads and not to bother to dress. Once outside, they asserted, they saw headlights directed at the cabin and were told to lie on the ground. They added that while Runns, Sr. was being questioned, they were ridiculed and forced to stay lying there inadequately clothed in sub-zero weather. A dog, which appeared to be loose, was barking and came very close to their heads on several occasions. As well, someone is alleged to have stepped on the heads of Deiter and Dumont. After about half an hour, the complainants were told to get up one at a time, asked their names and addresses, and told to go back into the cabin.

On the basis of these allegations, the complainants made a complaint to the Saskatchewan Human Rights Commission on March 13, 1981 setting forth their belief that the R.C.M.P. officers had violated their rights under s. 7 of *The Saskatchewan Human Rights Code* by arbitrarily detaining them and by not informing them of the charges on which they were being detained. Section 7 reads as follows:

7. Every person and every class of persons shall enjoy the right to freedom from arbitrary arrest or detention, and every person who is arrested or detained shall enjoy

Historique

Au cours d'une enquête relative à une plainte de voies de fait commises par Frederick Runns père contre un agent de conservation du ministère du Tourisme et des Ressources renouvelables de la province de la Saskatchewan, les appelants, qui sont des agents de la G.R.C., se sont rendus, le 28 septembre 1980, à une maisonnette d'une pourvoirie où se trouvait Frederick Runns père. Joseph Dumont et Keith Deiter de Regina, ainsi que Fred Runns fils et Wesley Ironstar de la réserve Assiniboine, que j'appelerai ci-après les plaignants, s'y trouvaient également, endormis après une journée de chasse. Les agents de la G.R.C. auraient alors éveillé les plaignants à l'aide d'un mégaphone et déclaré que Fred Runns était en état d'arrestation, lui ordonnant de sortir en se tenant les mains derrière la tête. Runns père a obéi et a été appréhendé. Les plaignants ont alors reçu l'ordre de sortir de la maisonnette en se tenant les mains sur la tête et de ne pas prendre la peine de s'habiller. Ils affirment qu'une fois sortis ils ont vu des phares de voiture dirigés vers la maisonnette et on leur a dit de s'étendre sur le sol. Ils ont ajouté que pendant que Runns père était interrogé, ils ont été ridiculisés et forcés de rester là, couchés, insuffisamment vêtus, par une température inférieure au point de congélation. Un chien, qui paraissait sans laisse, aboyait et s'est approché très près de leur tête à plusieurs reprises. Quelqu'un aurait également marché sur la tête de Deiter et de Dumont. Au bout d'une demi-heure environ, on a dit aux plaignants de se lever un par un, on leur a demandé leurs noms et adresses et on leur a dit de retourner dans la maisonnette.

À partir de ces allégations, les plaignants ont déposé à la Commission des droits de la personne de la Saskatchewan, le 13 mars 1981, une plainte qui fait état de leur conviction que les agents de la G.R.C. ont porté atteinte aux droits que leur confère l'art. 7 de *The Saskatchewan Human Rights Code* en les détenant arbitrairement et en ne les informant pas des accusations pour lesquelles ils étaient détenus. L'article 7 est ainsi conçu:

[TRADUCTION] 7. Toute personne et toute catégorie de personnes ont droit à la protection contre l'arrestation ou la détention arbitraires, et toute personne arrêtée ou

the right to an immediate judicial determination of the legality of his detention and to notice of the charges on which he is detained.

The complainants added that they believed their experience was indicative of a general pattern and practice of the R.C.M.P.

After investigating the matter, the Commission wrote to the R.C.M.P. officers on August 11, 1981. In its letter, the Commission stated that its investigation showed that while the R.C.M.P. officers had reasonable cause to believe Frederick Runns, Sr. had committed an offence under the *Criminal Code*, there was no suggestion that any of the complainants were in any way involved with the offence. It then set forth its other findings, which are in basic accord with the allegations made by the complainants, except those relating to derogatory comments and possible physical assaults which it excluded from consideration, and concluded that in its opinion, the R.C.M.P. officers' conduct constituted a violation of s. 7 of *The Saskatchewan Human Rights Code* in that such conduct appeared to be both arbitrary arrest and detention. Its findings, it noted, were based on the testimony of conservation officers who were present during the incident, the complainants, and Frederick Runns, Sr., as well as the transcript of the trial of the latter. Since the R.C.M.P. officers had chosen not to refute the allegations, it added, the allegations were not controverted.

While the Commission took the position that the R.C.M.P. as a force may be subject to federal regulation and, therefore, outside the scope of *The Saskatchewan Human Rights Code*, it nonetheless concluded that individual R.C.M.P. officers, like other police officers in the province, were subject to its provisions. Consequently, it proposed the following settlement to the R.C.M.P. officers pursuant to s. 28(1) of the Code:

1. That you each acknowledge an understanding of *The Saskatchewan Human Rights Code* and in particular Section 7 thereof and undertake not to violate the provisions of same in the future;

détenue a droit à une décision judiciaire immédiate sur la légalité de sa détention et à la notification des accusations pour lesquelles elle est détenue.

Les plaignants ont ajouté qu'ils croyaient que l'expérience qu'ils ont vécue témoigne d'un genre de méthode ou pratique courante chez la G.R.C.

Après avoir fait enquête sur l'affaire, la Commission a écrit aux agents de la G.R.C. le 11 août 1981. Dans sa lettre, la Commission mentionne que son enquête révèle que même si les agents de la G.R.C. avaient des motifs raisonnables de croire que Frederick Runns père avait commis une infraction au *Code criminel*, rien ne permettait de supposer que l'un ou l'autre des plaignants avait quelque chose à voir avec l'infraction. Elle énonce alors ses autres conclusions qui correspondent essentiellement aux allégations des plaignants, sauf pour celles qui ont trait aux remarques désobligeantes et à la possibilité de voies de fait qu'elle n'a pas examinées, et elle conclut qu'à son avis la conduite des agents de la G.R.C. a constitué une violation de l'art. 7 de *The Saskatchewan Human Rights Code*, en ce que cette conduite semble avoir constitué à la fois une arrestation et une détention arbitraires. Elle souligne que ses conclusions sont fondées sur le témoignage des agents de conservation qui ont assisté à l'incident, sur celui des plaignants et de Frederick Runns père ainsi que sur la transcription des débats du procès de ce dernier. Puisque les agents de la G.R.C. ont choisi de ne pas réfuter les allégations, ajoute-t-elle, celles-ci n'ont pas été mises en doute.

Tout en affirmant que la G.R.C., comme corps policier, peut être assujettie à une réglementation fédérale et en conséquence hors du champ d'application de *The Saskatchewan Human Rights Code*, la Commission a néanmoins conclu que les agents de la G.R.C., à titre individuel, comme tous les autres agents de police de la province, sont assujettis aux dispositions de ce Code. En conséquence, elle a proposé le règlement suivant aux agents de la G.R.C., conformément au par. 28(1) du Code:

[TRADUCTION] 1. Que chacun de vous reconnaisse qu'il comprend *The Saskatchewan Human Rights Code*, notamment l'art. 7, et s'engage à en respecter les dispositions à l'avenir;

2. That you jointly and severably [*sic*] agree to pay to each of the respondents the sum of $5,000.00. To ensure there is no misunderstanding we are requesting that each complainant receive a total of $5,000.00.

It added:

The above indicated monetary sum is sought in settlement of damages suffered in respect of feeling or self-respect, as well as because of the wilful and reckless nature of the violation. While $5,000.00 is the maximum allowable for such losses pursuant to Section 31(8) of the Code, we feel that the blatant nature of the violations as well as the severe effect on the complainants, requires such sum.

The R.C.M.P. officers did not respond to this letter. A Board of Inquiry was then established to make a formal inquiry about the complaint, pursuant to s. 29 of *The Saskatchewan Human Rights Code*, the relevant portions of which read as follows:

29.—(1) Where the commission, or a person conducting an inquiry on behalf of the commission, is unable to effect a settlement of the matter complained of, the commission shall report to the minister and, in its discretion, may direct a formal inquiry into the complaint to hear and decide the matter or, in the absence of a direction by the commission, the minister may direct such a formal inquiry.

(2) A board of inquiry shall consist of one or more persons appointed by the minister to hear and decide the complaint.

The powers of a Board of Inquiry are set forth in s. 31 of the Code. The most pertinent for our purposes are s. 31(7) and (8), which read as follows:

31. . . .

(7) Where, at the conclusion of an inquiry, the board of inquiry finds that the complaint to which the inquiry relates is substantiated on a balance of probabilities, the board may, subject to subsections (9) and (10), order any person who has contravened any provision of this Act, or any other Act administered by the commission, to do any act or thing that in the opinion of the board constitutes full compliance with that provision and to rectify any injury caused to any person and to make compensation therefor, including, without restricting the generality of the foregoing, an order:

2. Que vous acceptiez de payer conjointement et solidairement à chacun des intimés la somme de 5 000 $. Pour assurer qu'il n'y a pas de malentendu, nous exigeons que chacun des plaignants reçoive la somme totale de 5 000 $.

Elle a ajouté:

[TRADUCTION] La somme mentionnée ci-dessus est exigée à titre de règlement pour le préjudice causé à leurs sentiments ou à leur amour-propre tout autant qu'en raison du caractère délibéré et téméraire de la violation. Quoique la somme de 5 000 $ soit le maximum permis pour de tels préjudices en vertu du par. 31(8) du Code, nous estimons que la nature flagrante des violations et leurs graves effets sur les plaignants exigent cette somme.

Les agents de la G.R.C. n'ont pas répondu à cette lettre. Une commission d'enquête a alors été constituée pour enquêter officiellement sur la plainte, conformément à l'art. 29 de *The Saskatchewan Human Rights Code* dont les articles pertinents sont ainsi conçus:

[TRADUCTION] **29.**—(1) Lorsque la Commission ou une personne qui fait enquête pour le compte de la Commission est incapable d'arriver à un règlement de la question faisant l'objet de la plainte, la Commission doit faire rapport au Ministre et peut, à sa discrétion, ordonner la tenue d'une enquête officielle relativement à la plainte dans le but d'entendre et de trancher la question ou, en l'absence d'un ordre de la Commission, le Ministre peut ordonner la tenue d'une telle enquête officielle.

(2) Une commission d'enquête est composée d'une seule ou de plusieurs personnes nommées par le Ministre pour procéder à l'audition de la plainte et la trancher.

Les pouvoirs d'une commission d'enquête sont énoncés à l'art. 31 du Code. Les dispositions les plus pertinentes en l'espèce sont les par. 31(7) et (8), ainsi conçus:

[TRADUCTION] **31.** . . .

(7) La commission d'enquête qui, à l'issue d'une enquête, conclut que la plainte faisant l'objet de l'enquête est prouvée selon la prépondérance des probabilités, peut, sous réserve des paragraphes (9) et (10), ordonner à toute personne qui a enfreint une disposition de la présente loi ou de toute autre loi appliquée par la Commission, d'accomplir un acte ou une chose qui, de l'avis de la commission d'enquête, respecte intégralement cette disposition, de réparer tout préjudice causé à une personne et de l'indemniser pour ce préjudice, y compris, sans restreindre la généralité de ce qui précède, rendre une ordonnance

(*a*) requiring that person to cease contravening that provision and, in consultation with the commission on the general purposes thereof, to take measures, including adoption of a program mentioned in section 47, to prevent the same or similar contravention occurring in the future;

(*b*) requiring that person to make available to any person injured by that contravention, on the first reasonable occasion, any rights, opportunities or privileges that, in the opinion of the board of inquiry, are being or were being denied the person so injured and including, but without restricting the generality of this clause, reinstatement in employment;

(*c*) requiring that person to compensate any person injured by that contravention for any or all of the wages and other benefits of which the person so injured was deprived and any expenses incurred by the person so injured as a result of the contravention;

(*d*) requiring that person to make any compensation that the board of inquiry may consider proper, to any person injured by that contravention, for any or all additional costs of obtaining alternative goods, services, facilities or accommodation and any expenses incurred by the person so injured as a result of the contravention.

(8) Where a board of inquiry finds that:

(*a*) a person has wilfully and recklessly contravened or is wilfully and recklessly contravening any provision of this Act or any other Act administered by the commission; or

(*b*) the person injured by a contravention of any provision of this Act or any other Act administered by the commission has suffered in respect of feeling or self-respect as a result of the contravention;

the board of inquiry may, in addition to any other order it may make under subsection (7), order the person who has contravened or is contravening that provision to pay any compensation to the person injured by that contravention that the board of inquiry may determine, to a maximum of $5,000.

The respondent Chairman of the Board of Inquiry then sent a notice of the formal inquiry to the appellant R.C.M.P. officers, scheduling the matter for hearing on January 26, 1982. Thereafter the R.C.M.P. officers sought an order of prohibition before Maher J., of the Saskatchewan Court of Queen's Bench on the following grounds:

a) enjoignant à cette personne de cesser de violer cette disposition et, en consultation avec la Commission quant aux objets généraux de cette disposition, de prendre des mesures, dont l'adoption d'un programme mentionné à l'article 47, afin d'empêcher la répétition de la même contravention ou de contraventions semblables à l'avenir;

b) enjoignant à cette personne d'accorder à toute personne lésée par cette contravention, à la première occasion raisonnable, tous droits, chances ou privilèges qui, de l'avis de la commission d'enquête, sont ou ont été refusés à la personne ainsi lésée, y compris, sans restreindre la généralité de la présente disposition, la réintégration dans un emploi;

c) enjoignant à cette personne d'indemniser toute personne lésée par cette contravention pour la perte de salaire et d'autres avantages dont la personne lésée a été privée et pour toutes les dépenses engagées par la personne ainsi lésée par suite de la contravention;

d) enjoignant à cette personne de verser à toute personne lésée par cette contravention l'indemnité que la commission d'enquête peut considérer appropriée à l'égard de toutes les dépenses additionnelles que la personne ainsi lésée a engagées pour obtenir des biens, des services de remplacements et toutes dépenses engagées par la personne lésée par suite de la contravention.

(8) Lorsqu'une commission d'enquête conclut:

a) qu'une personne a contrevenu ou contrevient délibérément et témérairement à l'une des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi appliquée par la Commission; ou

b) que la personne lésée par une contravention à l'une des dispositions de la présente loi ou de toute autre loi appliquée par la Commission a subi un préjudice, quant à ses sentiments ou à son amour-propre, par suite de la contravention;

la commission d'enquête peut, en plus de toute autre ordonnance qu'elle peut rendre en vertu du paragraphe (7), ordonner à la personne qui a contrevenu ou contrevient à cette disposition de verser à la personne lésée par cette contravention le montant d'indemnité qu'elle peut établir, jusqu'à concurrence de 5 000 $.

Le président de la commission d'enquête intimé a alors transmis un avis d'enquête officielle aux agents de la G.R.C. appelants, fixant la date d'audition de la cause au 26 janvier 1982. Par la suite, les agents de la G.R.C. ont demandé, au juge Maher de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan, une ordonnance de prohibition fondée sur les moyens suivants:

(a) THAT the Saskatchewan Human Rights Commission and the Respondent Chairman of the Board of Inquiry lack jurisdiction to inquire into complaints against the conduct of members of the Royal Canadian Mounted Police while on duty.

(b) THAT Section 7 of the Saskatchewan Human Rights Code cannot be employed to establish rights or procedures in matters of criminal law and has no application to members of the Royal Canadian Mounted Police engaged in the investigation of offences under the Criminal Code of Canada.

(c) THAT Sections 29 and 31 of the Saskatchewan Human Rights Code are beyond the competence of the Saskatchewan Legislature in that they purport to confer upon the Board of Inquiry judicial powers and functions analogous to those performed by judges of a Superior, District or County Court appointed pursuant to Section 96 of the British North America Act.

(d) Such other grounds as counsel may advise.

Maher J. granted the order; see (1982), 139 D.L.R. (3d) 44. In his view, the investigation of the complaint made to the Commission necessarily involved an inquiry into the administration and internal management of the R.C.M.P. Such an inquiry is contrary to the holdings in the cases of *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada*, [1979] 1 S.C.R. 218, and *Attorney General of Alberta v. Putnam*, [1981] 2 S.C.R. 267. A holding that the Commission had jurisdiction could put a member of the force in the impossible position of having to choose between being in violation of an order of the Commission, which was enforceable as a court order, and being in violation of the order of a superior officer. It could also result in conflicting decisions by the Commission and the disciplinary body of the R.C.M.P. Additionally, decisions to arrest or detain individuals are subject to the relevant provisions of the *Criminal Code*, which are paramount to s. 7 of *The Saskatchewan Human Rights Code* in so far as it purports to regulate rights and procedures in relation to such activities. Under these circumstances, Maher J. found it unnecessary to decide whether the provisions of the latter Code were invalid as conferring on a Board of Inquiry judicial powers and functions that were

[TRADUCTION] a) QUE la Commission des droits de la personne de la Saskatchewan et le président de la commission d'enquête intimé n'ont pas compétence pour enquêter sur des plaintes relatives à la conduite de membres de la Gendarmerie royale du Canada dans l'exercice de leurs fonctions.

b) QUE l'article 7 de The Saskatchewan Human Rights Code ne peut servir à établir des droits ou des procédures en matière de droit criminel et qu'il ne s'applique pas aux membres de la Gendarmerie royale du Canada qui font enquête relativement à des infractions au Code criminel du Canada.

c) QUE les articles 29 et 31 de The Saskatchewan Human Rights Code sont hors de la compétence de la législature de la Saskatchewan en ce qu'ils ont pour objet de conférer à la commission d'enquête des pouvoirs et un rôle judiciaires analogues à ceux que remplissent les juges d'une cour supérieure, de district ou de comté nommés conformément à l'article 96 de l'Acte de l'Amérique du Nord britannique.

d) Pour tous autres motifs que les avocats peuvent faire connaître.

Le juge Maher a accordé l'ordonnance; voir (1982), 139 D.L.R. (3d) 44. À son avis, l'enquête relative à la plainte déposée auprès de la Commission comportait nécessairement un examen de l'administration et de la gestion interne de la G.R.C. Un tel examen est contraire aux conclusions des arrêts *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, [1979] 1 R.C.S. 218, et *Procureur général de l'Alberta c. Putnam*, [1981] 2 R.C.S. 267. Conclure que la Commission a compétence pourrait placer un membre de la Gendarmerie dans la situation impossible d'avoir à choisir entre contrevenir à une ordonnance de la Commission qui est exécutoire comme l'ordonnance d'une cour et contrevenir à l'ordre d'un officier supérieur. Il pourrait aussi en résulter des décisions contradictoires de la Commission et de l'organisme disciplinaire de la G.R.C. De plus, les décisions d'arrêter ou de détenir des personnes sont assujetties aux dispositions pertinentes du *Code criminel* qui l'emportent sur l'art. 7 de *The Saskatchewan Human Rights Code* dans la mesure où celui-ci a pour objet de réglementer des droits et des procédures relatives à de tels actes. Dans ces circonstances, le juge Maher a conclu qu'il était inutile de déterminer si les dispositions de ce dernier Code étaient invalides pour le motif qu'elles

restricted to judges appointed under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*.

On an appeal to the Court of Appeal of Saskatchewan, the order of prohibition was quashed; see [1983] 4 W.W.R. 97. Tallis J.A., who gave the judgment of the court, rejected all three objections to the Board of Inquiry's jurisdiction. Applying the three-part test articulated in *Residential Tenancies Act, 1979, Re*, [1981] 1 S.C.R. 714, he found it unnecessary to decide whether the Board's function conformed to that exercised by a judge appointed under s. 96 at the time of Confederation. In his view, while there was a judicial aspect to the Commission's work, it was not central to its function. As he saw it, there was an intertwined administration under *The Saskatchewan Human Rights Code* that brought the Commission into a broad social policy framework emphasizing public education and amicable settlement of disputes in the area of human rights. That took its work and that of the Board of Inquiry out of the functions of a s. 96 judge under the second and third propositions in the *Residential Tenancies* case.

Tallis J.A. did not agree that the Board's inquiry extended to an investigation into the internal administration of the R.C.M.P. so as to violate the law enunciated in the *Keable* and *Putnam* cases, *supra*. Rather, the Code was a statute of general application concerning violations of human rights by individuals in the province, including members of the R.C.M.P. The fact that violation of the Code might also constitute a breach of the disciplinary rules of the R.C.M.P. was not a matter of concern to the Board. The *Keable* and *Putnam* cases were thus distinguishable.

Finally, Tallis J.A. did not think the subject matter of s. 7 of *The Saskatchewan Human Rights Code* was in conflict with ss. 450 *et seq.* of the *Ciminal Code*, which set forth conditions for the detention of arrested persons. Section 7 dealt

attribuaient à une commission d'enquête des pouvoirs et un rôle réservés aux juges nommés en vertu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Lors d'un appel à la Cour d'appel de la Saskatchewan, l'ordonnance de prohibition a été annulée; voir [1983] 4 W.W.R. 97. Le juge Tallis, qui a rendu le jugement de la Cour d'appel, a rejeté les trois moyens invoqués pour contester la compétence de la commission d'enquête. Appliquant le critère en trois étapes énoncé dans l'arrêt *Loi de 1979 sur la location résidentielle, Re*, [1981] 1 R.C.S. 714, il a conclu qu'il était inutile de décider si le rôle de la commission d'enquête correspondait à celui qu'exerçait un juge nommé en vertu de l'art. 96 à l'époque de la Confédération. À son avis, même s'il y a un aspect judiciaire dans le travail de la Commission, il n'est pas essentiel à son rôle. D'après lui, *The Saskatchewan Human Rights Code* crée une administration hybride qui situe la Commission dans un cadre général de politiques sociales mettant l'accent sur l'éducation du public et le règlement à l'amiable des conflits dans le domaine des droits de la personne. Cela différencie son travail et celui de la commission d'enquête du rôle attribué à un juge nommé en vertu de l'art. 96, par application des deuxième et troisième propositions du *Renvoi sur la location résidentielle*.

Le juge Tallis n'a pas accepté que l'enquête de la commission comportait un examen de l'administration interne de la G.R.C. de manière à enfreindre la règle énoncée dans les arrêts *Keable* et *Putnam*, précités. Le Code est plutôt une loi d'application générale relativement aux infractions aux droits de la personne commises par des individus dans la province, y compris des membres de la G.R.C. Le fait qu'une infraction au Code puisse aussi constituer un manquement aux règles de discipline de la G.R.C. est sans importance pour la commission d'enquête. Il est ainsi possible de faire la distinction d'avec les arrêts *Keable* et *Putnam*.

Enfin, le juge Tallis n'a pas estimé que l'objet de l'art. 7 de *The Saskatchewan Human Rights Code* est incompatible avec les art. 450 et suiv. du *Code criminel*, qui fixent les conditions de détention d'une personne en état d'arrestation. L'article 7

rather with arbitrary detention in a human rights context. He noted that violation of the Code's conditions may involve potential civil claims for damages for assault, false imprisonment and other torts, which have long co-existed with the provisions of the *Criminal Code*.

Leave to appeal to this Court was granted on June 20, 1983. On July 19, 1983, Beetz J., pursuant to Rule 32 of the *Rules of the Supreme Court of Canada*, stated the constitutional questions in this appeal as follows:

(1) Are sections 7, 29 and 31 of *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, c. S-24.1, in so far as they would permit persons appointed by a provincial minister to adjudicate upon a complaint of arbitrary arrest or detention, inoperative by reason of s. 96 of the *Constitution Act*?

(2) Is a provincially established Board of Inquiry constitutionally empowered to adjudicate upon a complaint that members of the R.C.M.P. while on duty arbitrarily arrested or detained certain persons contrary to the provisions of s. 7 of *The Saskatchewan Human Rights Code*, or, is such a proceeding unauthorized because it is directed to

a) the administration and management of the R.C.M.P.; or

b) the supervision and control of the exercise by the R.C.M.P. of powers to arrest and detain persons as a matter of criminal law and procedure in criminal matters?

In addition to the parties, the Attorney General of Saskatchewan, where the activities giving rise to the action took place, as well as those of Alberta, New Brunswick, Ontario and Quebec were represented as interveners on the appeal.

The Section 96 Issue

Section 96 of the *Constitution Act, 1867* empowers the Governor General to appoint the judges of the superior, district and county courts in each province. Though ostensibly simply an appointing power, the provision was really an outgrowth of a compromise by the Fathers of Confed-

porte plutôt sur la détention arbitraire dans le contexte des droits de la personne. Il a souligné que la violation des conditions du Code peut donner lieu à des actions civiles en dommages-intérêts pour voies de fait, emprisonnement illégal et d'autres délits, qui coexistent depuis longtemps avec les dispositions du *Code criminel*.

L'autorisation de pourvoi à cette Cour a été accordée le 20 juin 1983. Le 19 juillet 1983, le juge Beetz a formulé, conformément à l'art. 32 des *Règles de la Cour suprême du Canada*, les questions constitutionnelles suivantes relativement au présent pourvoi:

(1) Les articles 7, 29 et 31 de *The Saskatchewan Human Rights Code*, S.S. 1979, chap. S-24.1, sont-ils inopérants en raison de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle*, dans la mesure où ils permettraient à des personnes nommées par un ministre d'une province de rendre jugement sur une plainte d'arrestation ou de détention arbitraires?

(2) Une commission d'enquête constituée par la province a-t-elle, du point de vue constitutionnel, compétence pour statuer sur une plainte portant que des membres de la G.R.C. ont, dans l'exercice de leurs fonctions, arrêté ou détenu arbitrairement certaines personnes, contrairement aux dispositions de l'art. 7 de *The Saskatchewan Human Rights Code*, ou une telle procédure est-elle prohibée pour le motif qu'elle porte

a) sur l'administration et la gestion de la G.R.C., ou

b) sur la surveillance et le contrôle de l'exercice par la G.R.C. des pouvoirs d'arrestation et de détention de personnes en application du droit criminel et de la procédure en matière criminelle?

Outre les parties, le procureur général de la Saskatchewan, où ont été accomplis les actes à l'origine de l'action, de même que les procureurs généraux de l'Alberta, du Nouveau-Brunswick, de l'Ontario et du Québec sont intervenus dans le pourvoi.

La question de l'art. 96

L'article 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867* habilite le gouverneur général à nommer les juges des cours supérieures, de district et de comté dans chaque province. Même si elle conférait, en apparence, un simple pouvoir de nomination, cette disposition résultait en réalité d'un compromis de la

eration. Though legislative powers were divided between two levels of government, a unitary judicial system was established to deal with laws enacted at both levels. Each level of government, therefore, has an interest in the administration of judicial affairs, an interest reflected in constitutional arrangements whereby the provinces were given power to legislate respecting "the Constitution, Maintenance, and Organization of Provincial Courts", and the federal government power to appoint the judges of the superior, district and county courts. Evidently, if the provinces were completely free to vest the powers of those courts in tribunals of their own making, s. 96 could become a dead letter, and the constitutional scheme contemplated by the Fathers destroyed. So s. 96 came to be read as implicitly prohibiting the provinces from endowing provincial tribunals with functions appropriate solely to the courts enumerated in that provision.

part des Pères de la Confédération. Bien que les pouvoirs législatifs aient été partagés entre les deux paliers de gouvernement, on a établi un système judiciaire unitaire pour appliquer les lois adoptées par les deux paliers de gouvernement. En conséquence, chaque palier de gouvernement a, dans l'administration de la justice, un intérêt qui ressort des arrangements constitutionnels en vertu desquels les provinces se voient conférer le pouvoir de légiférer concernant «la constitution, le maintien et l'organisation de tribunaux provinciaux», et le gouvernement fédéral, celui de nommer les juges des cours supérieures, de district et de comté. Évidemment s'il était entièrement loisible aux provinces d'attribuer les pouvoirs de ces cours à des tribunaux créés par elles, l'art. 96 pourrait devenir lettre morte et le régime constitutionnel envisagé par les Pères de la Confédération pourrait être détruit. On a donc fini par donner à l'art. 96 une interprétation qui interdit implicitement aux provinces d'attribuer aux tribunaux provinciaux des fonctions qui conviennent seulement aux cours énumérées dans cette disposition.

This reading, however, requires the development of a conceptual framework to determine what those functions are, a task that is by no means easy or capable of being effected by resorting to fixed and precise rules. The evolution of the courts' approach has been recounted in several recent cases and need not be repeated here; see, in particular, the judgment of Dickson J. (now C.J.C.) in *Residential Tenancies*, *supra*, and that of Estey J. in *B.C. Family Relations Act*, *Re*, [1982] 1 S.C.R. 62.

Cette interprétation exige cependant l'élaboration d'un cadre conceptuel afin de déterminer quelles sont ces fonctions, une tâche qui est loin d'être aisée ou susceptible d'être effectuée au moyen de règles fixes et précises. L'évolution de l'attitude adoptée par les cours a été retracée dans plusieurs arrêts récents et n'a pas à être reprise ici; voir, en particulier, les motifs du juge Dickson (maintenant Juge en chef du Canada) dans le *Renvoi sur la location résidentielle*, précité, et ceux du juge Estey dans le *Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)*, [1982] 1 R.C.S. 62.

In examining the matter, it is obvious that one should have an eye on what the Fathers must have had in mind, and this demands that one look to see if the jurisdiction sought to be vested in a tribunal is one that generally conforms to that exercised by a s. 96 court in 1867. But judicial functions, like other parts of the Constitution, cannot be frozen in an 1867 mold. Adaptations must be permitted to allow the legislatures scope to deal effectively with emerging social problems and concerns, and to develop new techniques of dispute resolution and the expeditious disposition of relatively minor dis-

En examinant cette affaire, il faut manifestement envisager ce que les Pères de la Confédération devaient avoir à l'esprit et cela exige de vérifier si la compétence dont on cherche à investir un tribunal correspond, de façon générale, à celle qu'exerçaient les cours visées à l'art. 96 en 1867. Il n'est cependant pas plus possible de figer les fonctions judiciaires dans un moule datant de 1867 qu'il n'est possible de le faire pour les autres parties de la Constitution. Des adaptations doivent être permises de façon à donner aux législatures la possibilité de faire face aux nouveaux problèmes et

putes. At the same time, the s. 96 courts must continue their exclusive function of determining basic judicial questions of public order and public policy, or as Estey J. has put it, those "serious and frequently profound difficulties arising in the community" which the Constitution obviously contemplated should be their responsibility; see *B.C. Family Relations Act, Re, supra*, at p. 107.

In determining whether the functions vested in the Saskatchewan Human Rights Commission relating to arbitrary detention encroach upon the functions of a s. 96 court, I shall approach it largely in the manner suggested by Dickson J. in the *Residential Tenancies* case. This involves posing a number of questions relating to an impugned function, later summarized by Laskin C.J. in *Massey-Ferguson Industries Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1981] 2 S.C.R. 413, at p. 429, as follows:

1. Does the challenged power or jurisdiction broadly conform to the power or jurisdiction exercised by Superior, District or County Courts at the time of Confederation?
2. Is the function of the provincial tribunal within its institutional setting a judicial function, considered from the point of view of the nature of the question which the tribunal is called upon to decide or, to put it in other words, is the tribunal concerned with a private dispute which it is called upon to adjudicate through the application of a recognized body of rules and in a manner consistent with fairness and impartiality?
3. If the power or jurisdiction of the provincial tribunal is exercised in a judicial manner, does its function as a whole in its entire institutional context violate s. 96?

I should perhaps state at the outset that s. 96 creates no difficulty in respect of most of the ordinary anti-discrimination functions of a human rights commission. Rights against discrimination on grounds of race, colour, creed, sex and so on in employment and accommodation, for example, were not protected at common law; see *Christie v.*

intérêts sociaux et de mettre au point de nouvelles techniques de solution des litiges et de règlement rapide des litiges relativement peu importants. En même temps, les cours visées à l'art. 96 doivent continuer d'exercer leur rôle exclusif qui consiste à résoudre les questions judiciaires fondamentales d'ordre public et de principe ou, comme l'a dit le juge Estey, ces «difficultés sérieuses et souvent profondes qui surgissent dans la collectivité» qui, selon la Constitution, doivent manifestement relever de leur compétence; voir *Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)*, précité, à la p. 107.

Pour déterminer si les fonctions attribuées à la Commission des droits de la personne de la Saskatchewan relativement à la détention arbitraire empiètent sur celles des cours visées à l'art. 96, j'aborderai la question sensiblement de la même manière que celle proposée par le juge Dickson dans le *Renvoi sur la location résidentielle.* Cette méthode consiste à se poser un certain nombre de questions sur une fonction contestée, questions que le juge en chef Laskin a par la suite résumées ainsi dans l'arrêt *Massey-Ferguson Industries Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1981] 2 R.C.S. 413, à la p. 429:

1. Est-ce que le pouvoir ou la compétence attaqué correspond généralement au pouvoir ou à la compétence qu'exerçaient les cours supérieures, de district ou de comté au moment de la Confédération?
2. La fonction du tribunal provincial dans son cadre institutionnel est-elle une fonction judiciaire, examinée du point de vue de la nature de la question que le tribunal doit trancher ou, en d'autres mots, est-ce que le tribunal touche à un litige privé qu'il est appelé à trancher en appliquant un ensemble reconnu de règles d'une manière conforme à l'équité et à l'impartialité?
3. Si le pouvoir ou la compétence du tribunal provincial s'exerce d'une manière judiciaire, est-ce que sa fonction globale dans tout son contexte institutionnel enfreint l'art. 96?

Je devrais peut-être dire au départ que l'art. 96 ne pose aucune difficulté quant à la plupart des fonctions ordinaires de lutte contre la discrimination qu'une commission des droits de la personne remplit. Le droit à la protection contre toute discrimination fondée sur la race, la couleur, la croyance, le sexe et ainsi de suite, dans l'emploi et

York Corporation, [1940] S.C.R. 139; *Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria*, [1981] 2 S.C.R. 181. Consequently, it is difficult to see how a human rights commission could, in seeking to protect these rights, be looked upon as exercising a function vested in a s. 96 judge at the time of Confederation. On this point, I am in substantial agreement with Stevenson J. in *Lodger's International Ltd. and O'Brien, Re* (1982), 141 D.L.R. (3d) 743 (N.B.Q.B.), reversed on other grounds: (1983), 145 D.L.R. (3d) 293 (N.B.C.A.)

Counsel for the appellant R.C.M.P. officers did not deny the validity of the anti-discriminatory functions of the Commission. His argument, rather, was that the specific matter in contention, i.e. arbitrary arrest and arbitrary detention, was in 1867 comprised within the tort of false imprisonment. That tort, he maintained, went to the heart of the liberty of the subject and as such was traditionally dealt with at the superior court level. On the basis of the statutes presented by him, I am inclined to agree that both before and after Confederation that tort has consistently been dealt with at the superior court level, apart from small claims jurisdiction referred to by counsel for the Attorney General of Ontario, which I do not think affects the issue. I am also in general agreement (and this was conceded by counsel for the respondent and most of the interveners) that the subject-matter of arbitrary arrest and detention as used in s. 7 of *The Saskatchewan Human Rights Code* substantially overlaps that covered by the tort of false imprisonment.

But this does not end the matter. As counsel for the respondent noted, the tort of false imprisonment was created to serve a purpose fundamentally different from that of protecting human rights, a more modern concern. As well, he added, while the institutional arrangements for the protection of human rights in *The Saskatchewan Human Rights Code* include a judicial component, it is not

le logement, par exemple, n'était pas garanti en *common law*; voir *Christie v. York Corporation*, [1940] R.C.S. 139; *Seneca College of Applied Arts and Technology c. Bhadauria*, [1981] 2 R.C.S. 181. En conséquence, il est difficile de voir comment une commission des droits de la personne aurait pu, en cherchant à protéger ce droit, être considérée comme exerçant une fonction attribuée aux juges nommés en vertu de l'art. 96 à l'époque de la Confédération. Sur ce point, je suis d'accord, pour l'essentiel, avec ce que dit le juge Stevenson dans l'arrêt *Lodger's International Ltd. and O'Brien, Re* (1982), 141 D.L.R. (3d) 743 (B.R.N.-B.), infirmé pour d'autres motifs: (1983), 145 D.L.R. (3d) 293 (C.A.N.-B.)

L'avocat des agents de la G.R.C. appelants n'a pas contesté la validité des fonctions de lutte contre la discrimination de la Commission. Il a plutôt soutenu que l'objet précis du litige, c.-à-d. l'arrestation et la détention arbitraires, faisait partie en 1867 du délit d'emprisonnement illégal. Ce délit, soutient-il, portait atteinte à la liberté même du citoyen et, comme tel, relevait traditionnellement de la compétence de la cour supérieure. Compte tenu des lois qu'il a invoquées, je suis porté à être d'accord pour dire que, tant avant qu'après la Confédération, ce délit a constamment été jugé au niveau de la cour supérieure, sauf pour ce qui est de la compétence en matière de petites créances mentionnée par le substitut du procureur général de l'Ontario, qui, à mon avis, n'influe pas sur la question en litige. Dans l'ensemble, je suis également d'accord pour dire (ce qu'ont reconnu l'avocat de l'intimé et la plupart des intervenants) que l'arrestation et la détention arbitraires visées par l'art. 7 de *The Saskatchewan Human Rights Code* recoupent essentiellement ce que vise le délit d'emprisonnement illégal.

Mais cela ne règle pas le litige. Comme l'a souligné l'avocat de l'intimé, le délit d'emprisonnement illégal a été créé dans un but fondamentalement différent de celui que vise la protection des droits de la personne, qui représente une préoccupation plus récente. De même, a-t-il ajouté, même si les arrangements institutionnels visant la protection des droits de la personne, que l'on trouve dans

central to those arrangements. As will appear, I am in basic agreement with these contentions.

I shall take up the differences between the purpose of false imprisonment and that of s. 7 first. Though the tort undoubtedly constitutes a means for the protection of liberty, its immediate concern is to compensate a person for damage resulting from interference with his liberty. It was originally devised as an alternative method of preserving the King's peace by replacing violent retaliation. That public purpose along with private compensation continue to be its predominant concerns.

On the other hand, *The Saskatchewan Human Rights Code* deals within the more modern concern for "human rights", i.e. those flowing from the inherent dignity and equality of all members of the human family. This is made clear by s. 3 of the Code, which reads as follows:

> **3.** The objects of this Act are:
>
> (*a*) to promote recognition of the inherent dignity and the equal inalienable rights of all members of the human family; and
>
> (*b*) to further public policy in Saskatchewan that every person is free and equal in dignity and rights and to discourage and eliminate discrimination.

The Code does this, as will be seen with more particularity later, largely through a complaint procedure under which the Commission attempts to persuade a person against whom a complaint is made that his behaviour constitutes an infringement on the rights of others and should be changed, and through such complaints and other ways, to educate the public generally about human rights. Though the scheme may also afford a measure of compensation to the complainant, this is clearly subsidiary to its purpose. It is essential to the human rights shceme only in the sense that complaints must be encouraged to make the scheme viable and that there must be a sanction to ensure the workings of the conciliatory measures

The Saskatchewan Human Rights Code, comportent un élément judiciaire, cet élément n'est pas primordial dans ces arrangements. Comme on le verra plus loin, je suis essentiellement d'accord avec ces affirmations.

Je vais commencer par aborder les différences entre l'objet de l'emprisonnement illégal et celui de l'art. 7. Bien que le délit énoncé constitue manifestement un moyen de protéger la liberté, il a pour objet immédiat d'indemniser une personne pour le préjudice résultant d'une atteinte à sa liberté. Il a été conçu au départ comme un moyen subsidiaire de préserver la paix de Sa Majesté en le substituant aux représailles violentes. Cet objet d'ordre public continue d'être, avec l'indemnisation des particuliers, son objet primordial.

D'autre part, *The Saskatchewan Human Rights Code* porte sur la préoccupation plus moderne des «droits de la personne», c.-à-d. ceux qui découlent de la dignité et de l'égalité inhérentes de tous les êtres humains. Cela est clairement exprimé à l'art. 3 du Code, qui se lit ainsi:

> [TRADUCTION] **3.** La présente loi a pour objet:
>
> *a*) de promouvoir la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables; et
>
> *b*) de favoriser en Saskatchewan l'application du principe que toutes les personnes sont libres et égales en droits et en dignité, et de prévenir et d'éliminer la discrimination.

C'est ce que fait le Code, comme nous le verrons plus loin de manière plus détaillée, principalement au moyen d'une procédure de plainte en vertu de laquelle la Commission tente de persuader la personne qui fait l'objet de la plainte que son comportement constitue une violation des droits d'autrui et devrait être modifié, et tente en outre, au moyen de ces plaintes et d'autres mesures, d'éduquer le grand public au sujet des droits de la personne. Bien que le régime puisse également offrir une mesure d'indemnisation du plaignant, cela est clairement accessoire à son objet. Cela est essentiel au régime des droits de la personne seulement en ce sens que le dépôt de plaintes doit être encouragé pour rendre le régime viable et qu'il doit y avoir

involved in the operations of the complaints procedure.

Section 7, it is true, goes beyond the usual areas over which human rights commissions in this country exercise jurisdiction, such as anti-discrimination provisions in relation to employment or accommodation. However, I see nothing intrinsically wrong with the provinces extending this jurisdiction to other areas of human activity, so long, of course, as they stay within the confines of provincial legislative competence. The concern—the inherent dignity and equality of every human being and the prevention of invidious discrimination—is the same; the procedure in the Code has simply been extended to a new area, that relating to the manner in which an arrest is to be made.

I do not think, therefore, to use the words of Laskin C.J. in *Massey-Ferguson v. Saskatchewan*, *supra*, at p. 426, that the new jurisdiction is simply "mounted on the valid provisions and . . . sustained on that basis alone". Rather, to quote again from the same passage, "the challenged authority or function is so integrated with the valid regulatory regime as to take on an altered character". Consequently, it should be upheld. Incidentally, s. 7 is not the only provision of the Code that covers an area that is also covered by tort law. A person might well pursue a claim under the Code's provisions prohibiting discrimination in employment on facts that would also support a common law action for wrongful dismissal.

The difference between the tort of false imprisonment and a claim under a provision in human rights legislation may also be illustrated by the issues to be addressed in considering what constitutes the prohibited conduct. In the case of false imprisonment, the essential issue will be whether the imprisonment was authorized by law, although indignities suffered by the victim of the tort may certainly be considered in assessing damages. In a human rights context, the reverse will be the case.

une sanction permettant d'assurer le bon fonctionnement des mesures de conciliation que comporte l'application de la procédure de plainte.

L'article 7, il est vrai, va au-delà des domaines dans lesquels les commissions des droits de la personne exercent habituellement compétence au Canada, notamment les dispositions interdisant la discrimination en matière d'emploi ou de logement. Cependant, je ne vois rien de mal à ce que les provinces étendent cette compétence à d'autres domaines d'activité humaine dans la mesure, évidemment, où elles ne dépassent pas les limites de leur compétence législative. La préoccupation—la dignité et l'égalité inhérentes de tous les êtres humains et la prévention de la discrimination injuste—est la même; la procédure énoncée dans le Code a simplement été étendue à un nouveau domaine qui se rapporte à la manière d'effectuer une arrestation.

Je ne crois donc pas, pour reprendre les termes du juge en chef Laskin dans l'arrêt *Massey-Ferguson c. Saskatchewan*, précité, à la p. 426, que la nouvelle compétence «se greffe[. . .]» simplement «aux dispositions valides et [est] admise[. . .] de ce seul fait». Plutôt, et c'est tiré du même passage, «le pouvoir ou la fonction attaqué s'intègre au cadre législatif valide au point que son caractère [est] modifié». En conséquence, il faut la confirmer. Soit dit en passant, l'art. 7 n'est pas la seule disposition du Code qui porte sur un domaine également visé par le droit en matière délictuelle. Une personne pourrait fort bien déposer, en vertu des dispositions du Code qui interdisent la discrimination dans l'emploi, une plainte fondée sur des faits qui justifieraient également une action en *common law* pour congédiement injustifié.

La différence entre le délit d'emprisonnement illégal et une plainte portée en vertu d'une disposition d'une loi sur les droits de la personne ressort également des questions qu'il faut aborder en examinant ce qui constitue la conduite prohibée. Dans le cas de l'emprisonnement illégal, il s'agit principalement de savoir si l'emprisonnement était permis par la loi, bien que l'affront subi par la victime du délit puisse certainement entrer en ligne de compte dans l'évaluation des dommages-intérêts. Dans le contexte des droits de la personne, l'inverse sera le cas.

I come now to the institutional framework for the promotion and protection of the rights recognized by the Code. The primary institution through which this is effected is the Saskatchewan Human Rights Commission, which was created by earlier legislation and continued under s. 21. The central purpose of a human rights commission is to engender respect for human rights. This it does by a variety of means, notably through public education, research, and amicable settlement of disputes arising under the Code. The tone for its activities is set by s. 25 of the Act which reads as follows:

25. The commission shall:

(*a*) forward the principle that every person is free and equal in dignity and rights without regard to his race, creed, religion, colour, sex, marital status, physical disability, age, nationality, ancestry or place of origin;

(*b*) promote an understanding and acceptance of, and compliance with, this Act;

(*c*) develop and conduct educational programs designed to eliminate discriminatory practices related to the race, creed, religion, colour, sex, marital status, physical disability, age, nationality, ancestry or place of origin of any person or class of persons;

(*d*) disseminate information and promote understanding of the legal rights of residents of the province and conduct educational programs in that respect;

(*e*) further the principle of the equality of opportunities for persons, and equality in the exercise of the legal rights of persons, regardless of their status;

(*f*) conduct and encourage research by persons and associations actively engaged in the field of promoting human rights;

(*g*) forward the principle that cultural diversity is a basic human right and fundamental human value.

A distinctive feature of a human rights commission is its procedure for dealing with complaints that a right protected by the legislation has been violated. *The Saskatchewan Human Rights Code* provides for this in ss. 27 *et seq.* On receipt of a

J'aborderai maintenant le cadre institutionnel mis en place pour la promotion et la protection des droits reconnus par le Code. L'institution fondamentale qui permet de réaliser cela est la Commission des droits de la personne de la Saskatchewan, créée en vertu d'une loi antérieure et maintenue en vertu de l'art. 21. L'objet essentiel d'une commission des droits de la personne est de susciter le respect des droits de la personne, ce qu'elle fait par différents moyens, notamment par l'éducation du public, la recherche et le règlement à l'amiable des litiges relevant du Code. La teneur de ses activités, est énoncée à l'art. 25 du Code, ainsi conçu:

[TRADUCTION] **25.** Il incombe à la Commission

a) de mettre en œuvre le principe selon lequel toutes les personnes sont libres et égales en dignité et en droits sans distinction de race, de croyance, de religion, de couleur, de sexe, d'état matrimonial, d'incapacité physique, d'âge, de nationalité, d'ascendance ou de lieu d'origine;

b) de favoriser la compréhension, l'acceptation et le respect de la présente loi;

c) d'élaborer et de mettre en œuvre des programmes éducatifs destinés à éliminer les pratiques discriminatoires fondées sur la race, la croyance, la religion, la couleur, le sexe, l'état matrimonial, l'incapacité physique, l'âge, la nationalité, l'ascendance ou le lieu d'origine d'une personne ou d'une catégorie de personnes;

d) de propager de l'information et de favoriser la compréhension des droits que confère la loi aux résidents de la province, et de mettre en oeuvre des programmes éducatifs à cet égard;

e) de favoriser l'application du principe de l'égalité des chances pour les personnes et de l'égalité dans l'exercice des droits que la loi confère aux personnes, indépendamment de leur statut;

f) d'effectuer des recherches et d'encourager celles menées par les personnes et associations actives dans le domaine de la promotion des droits de la personne;

g) de mettre en œuvre le principe selon lequel la diversité culturelle constitue pour la personne un droit fondamental et une valeur essentielle.

La procédure qu'elle suit pour traiter les plaintes portant qu'un droit garanti par la loi a été violé constitue un caractère distinctif d'une commission des droits de la personne. *The Saskatchewan Human Rights Code* énonce cette procédure aux

complaint, which it may itself initiate, the Commission may enter into an inquiry in which it first attempts to achieve a settlement by the technique that Professor, now Mr. Justice, Tarnopolsky has lucidly described in "The Iron Hand in the Velvet Glove: Administration and Enforcement of Human Rights Legislation in Canada" (1968), 46 *Can. Bar Rev.* 565. In conformity with the legislation's basic goal, the primary emphasis is on education and attempts at persuasion and conciliation of the parties. Enforcement measures are necessary to make these activities possible and fairness dictates that those measures be justified by a judicial component. But enforcement, as Tallis J.A. observes, is only available as a last resort. The adjudicative function of a Board of Inquiry in determining whether a violation has occurred is not central to the enterprise. A proceeding before a Board of Inquiry established by the commission cannot be equated with a *lis* between parties in a court. The moving force throughout, the body that has the carriage of the proceeding (see Code, s. 30(1)(*a*)), is the Commission, and its ultimate goal is the promotion of human rights for the benefit of the community as a whole. I agree with Tallis J.A. therefore that the function of the Board of Inquiry in its institutional setting cannot be characterized as being reserved for a s. 96 court.

I, therefore, conclude that the Board of Inquiry in performing its functions in this case was not invading a function reserved for a judge appointed under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, and I would reply to the first constitutional question in the negative.

Criminal Investigation Procedures

By the second constitutional question, it is sought to determine whether the Board established by the Human Rights Commission could properly adjudicate on a complaint regarding the alleged arbitrary arrest under s. 7 of *The Saskatchewan Human Rights Code*, or whether such a proceeding was unauthorized because it was directed to (a) the administration and management of the

art. 27 et suiv. Sur réception d'une plainte, qu'elle peut porter elle-même, la Commission peut ouvrir une enquête au cours de laquelle elle cherche d'abord à arriver à un règlement selon la technique que le professeur Tarnopolsky, maintenant juge, a décrite clairement dans l'article intitulé: «The Iron Hand in the Velvet Glove: Administration and Enforcement of Human Rights Legislation in Canada» (1968), 46 *R. du B. can.* 565. Conformément à l'objet fondamental de cette loi, l'accent est d'abord mis sur l'éducation et les tentatives de persuader et concilier les parties. Des mesures d'exécution forcée sont nécessaires pour rendre ces activités possibles et l'équité exige que ces mesures soient justifiées par un élément judiciaire. Mais, comme le fait remarquer le juge Tallis, on n'a recours à l'exécution forcée qu'en dernier ressort. Le rôle décisionnel qu'assume une commission d'enquête lorsqu'elle détermine s'il y a eu violation n'est pas essentiel à l'entreprise. Une instance devant une commission d'enquête constituée par la Commission des droits de la personne ne peut être assimilée à un litige entre parties devant un tribunal. La force motrice de l'ensemble, l'organisme qui a la direction de la procédure (voir al. 30(1)*a*) du Code), c'est la Commission et son objet ultime est de promouvoir les droits de la personne au bénéfice de l'ensemble de la société. Par conséquent, je suis d'accord avec le juge Tallis pour dire qu'on ne peut qualifier le rôle de la commission d'enquête dans son cadre institutionnel de rôle réservé à une cour visée par l'art. 96.

Je conclus donc qu'en exécutant ses fonctions, la commission d'enquête en l'espèce n'a pas empiété sur le rôle réservé à un juge nommé en vertu de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, et je suis d'avis de répondre par la négative à la première question constitutionnelle.

Procédures d'enquête en matière criminelle

Au moyen de la deuxième question constitutionnelle, on cherche à déterminer si la commission d'enquête établie par la Commission des droits de la personne pouvait à bon droit rendre une décision à l'égard d'une plainte concernant une arrestation prétendument arbitraire au sens de l'art. 7 de *The Saskatchewan Human Rights Code*, ou si une telle procédure n'était pas autorisée parce qu'elle visait

R.C.M.P., or (b) the supervision and control of the exercise by the R.C.M.P. of powers to arrest and detain persons as a matter of criminal law and procedure in criminal matters.

In the interests of clarity, I shall first examine whether s. 7 of the Code encroaches on criminal law and procedure. To the extent that it does, of course, it cannot stand. That subject is exclusively assigned to Parliament by s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

Counsel for the R.C.M.P. officers put his position this way. The activities of the Board of Inquiry, he argued, can only be characterized as an inquiry into the exercise by the R.C.M.P. of powers to arrest and detain persons as a matter of criminal law and procedure. The Board, he continued, is not authorized to enquire into investigative procedures, which are matters of criminal law, in the context of a complaint of arbitrary arrest or detention. Such action, he reasoned, would constitute an unconstitutional intrusion into the federal criminal law power under s. 91(27) of the *Constitution Act, 1867*.

For these propositions, counsel cited *Nykorak v. Attorney General of Canada*, [1962] S.C.R. 331, *Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.*, [1983] 2 S.C.R. 206, and *R. v. Wetmore*, [1983] 2 S.C.R. 284. I have some difficulty in seeing how these cases support his propositions. While the last two favour a broad interpretation of the criminal law power, and the first illustrates the impact that a proper exercise of a federal legislative power may have on civil rights, none of the cases supports the proposition that the regulation by Parliament of arrest and detention for the purposes of criminal law completely overrides the power of the province to legislate respecting the civil consequences flowing from arbitrary arrest and detention.

a) la gestion et l'administration de la G.R.C., ou b) la surveillance et le contrôle de l'exercice par la G.R.C. de pouvoirs d'arrestation et de détention de personnes en application du droit criminel et de la procédure en matière criminelle.

Par souci de clarté, j'examinerai tout d'abord si l'art. 7 du Code empiète sur le droit criminel et la procédure en matière criminelle. Évidemment si c'est le cas, il ne peut être maintenu, ce sujet étant exclusivement attribué au Parlement en vertu du par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

L'avocat des agents de la G.R.C. a exposé sa position de la manière suivante. Il a soutenu que les activités de la commission d'enquête peuvent être décrites seulement comme une enquête sur l'exercice par la G.R.C. des pouvoirs d'arrestation et de détention de personnes en application du droit criminel et de la procédure en matière criminelle. La commission d'enquête, poursuit-il, n'est pas autorisée à enquêter sur les procédures d'enquête, qui sont des questions de droit criminel, dans le cas d'une plainte d'arrestation ou de détention arbitraire. Agir de la sorte, selon son raisonnement, constituerait un empiétement inconstitutionnel sur la compétence fédérale en matière de droit criminel que confère le par. 91(27) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

À l'appui de ces prétentions, l'avocat a invoqué les arrêts *Nykorak v. Attorney General of Canada*, [1962] R.C.S. 331, *Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée*, [1983] 2 R.C.S. 206, et *R. c. Wetmore*, [1983] 2 R.C.S. 284. J'ai de la difficulté à voir comment ces arrêts étayent ses arguments. Bien que les deux derniers arrêts préconisent une interprétation libérale du pouvoir en matière de droit criminel et que le premier illustre les répercussions que l'exercice régulier d'une compétence législative fédérale peut avoir sur les droits des citoyens, aucun de ces arrêts n'étaye la thèse portant que la réglementation par le Parlement de l'arrestation et de la détention aux fins de l'application du droit criminel l'emporte complètement sur le pouvoir de la province de légiférer à propos des conséquences civiles de l'arrestation et de la détention arbitraires.

Before going further, it is important to determine with some precision what s. 7 of the Code attempts to do. That provision, it will be recalled, provides that every person or class of persons has a right to freedom from arbitrary arrest and detention and (though this is not directly relevant) to the right to an immediate judicial determination of the legality of his detention and notice of the charges on which he is detained.

The provision appears to be written in popular language rather than with strict legal precision. It originally appeared in a separate statute, *The Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947*, S.S. 1947, c. 35, perhaps the earliest general legislative step in the movement for the formal expression of the traditional fundamental rights long recognized in this country. That Act set forth many of the rights and freedoms now enshrined in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. It was later amalgamated with human rights provisions in other statutes, becoming Part I of *The Saskatchewan Human Rights Code*.

Section 7 appears to incorporate the basic rights regarding arrest that form part of long established criminal procedure. The second wing of the section makes this clear. It obviously refers to the immediate right to seek *habeas corpus* and to be informed of the nature of the charges upon which one is detained. Viewed in that light "arbitrary arrest and detention" simply refers to the right not to be arrested or detained in the absence of reasonable and probable cause. In a word, it appears to be referring to an unlawful arrest as traditionally understood in this country. Given its position in a human rights statute, one might be tempted to construe it in a broader sense, but if the effect of such a construction would result in making the provision invalid as an attempt to define the boundaries of lawful arrest under criminal law (a question into which I shall not enter), the presumption of constitutionality would favour the narrower interpretation. But, as I have observed, given the antecedents of the provision, I think it

Avant d'aller plus loin, il est important de déterminer avec une certaine précision ce que l'art. 7 du Code tente de faire. Il faut se rappeler que cette disposition prévoit que toute personne ou catégorie de personnes a droit à la protection contre l'arrestation ou la détention arbitraires et (bien que ce ne soit pas directement pertinent) à une décision judiciaire immédiate sur la légalité de sa détention et à la notification des accusations pour lesquelles elle est détenue.

La disposition paraît avoir été écrite en langage populaire plutôt qu'avec une précision juridique rigoureuse. À l'origine, elle figurait dans une loi distincte, *The Saskatchewan Bill of Rights Act, 1947*, S.S. 1947, chap. 35, sans doute la première mesure législative générale dans le sens de l'expression officielle des droits fondamentaux traditionnels reconnus depuis longtemps dans ce pays. Cette loi énonce un bon nombre des droits et libertés qui sont maintenant enchâssés dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Elle a par la suite été jointe aux dispositions sur les droits de la personne que l'on trouvait dans d'autres lois, pour devenir la partie I de *The Saskatchewan Human Rights Code*.

L'article 7 paraît incorporer les droits fondamentaux concernant l'arrestation qui font partie d'une procédure établie depuis longtemps en matière criminelle. Le second volet de l'article établit cela clairement. Il vise de manière évidente le droit immédiat de demander l'*habeas corpus* et d'être informé de la nature des accusations pour lesquelles on est détenu. Vue sous cet angle, l'expression «l'arrestation ou la détention arbitraires» vise simplement le droit de ne pas être arrêté ou détenu en l'absence de motif raisonnable et probable. Bref, elle paraît viser une arrestation illégale au sens traditionnel qu'on lui donne dans ce pays. Étant donné sa situation dans une loi sur les droits de la personne, on pourrait être tenté de l'interpréter d'une manière plus large, mais si une telle interprétation avait pour effet de rendre la disposition invalide pour le motif qu'elle tente de définir les limites de l'arrestation légale en vertu du droit criminel (une question que je n'aborderai pas), la présomption de constitutionnalité appuyerait l'in-

was intended to refer to arbitrary arrest and detention as traditionally understood over the years.

In so far as the section refers to criminal investigations, the standards therein described must, of course, be the subject of federal law. However, the mere repetition of a federal standard in a provincial statute does not, without more, make a provincial enactment invalid. It all depends on the way in which the statute deals with the rights declared. Here the relevant manner in which the Code attempts to deal with the right is in that already described, namely, by providing for an enquiry under the aegis of the Saskatchewan Human Rights Commission following a complaint that the right has been breached. The Commission then proceeds in its usual fashion to set in motion its investigatory and conciliatory procedures for dealing with complaints, including requirements regarding what the person complained against must do and the compensation he must pay. In a word, these provisions, without more, simply provide a means of dealing with arbitrary action by police officers in the course of an unlawful arrest.

Leaving aside for the moment the question whether the provision is directed at the administration and management of the R.C.M.P., I would have thought there could be no doubt that the provinces could, consistently with any federal law defining the legality of an arrest, deal with the civil aspects of an unlawful arrest conducted by police officers, whether the arrest is ostensibly one for a violation of provincial law or the *Criminal Code*. The jurisdiction of the provinces under s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867* over property and civil rights, gives them ample power to deal with the civil rights of persons who have suffered injury in the conduct of an arrest conducted in the course of the administration of justice in the province.

Accordingly, I see nothing that interferes with the criminal law power in provisions that seek to

terprétation plus stricte. Toutefois, comme je l'ai fait remarquer, étant donné les antécédents de la disposition, je crois qu'elle était destinée à viser l'arrestation et la détention arbitraires comme elles ont été traditionnellement interprétées au cours des années.

Dans la mesure où l'article vise les enquêtes en matière criminelle, les normes qui y sont décrites doivent, évidemment, faire l'objet d'une loi fédérale. Toutefois, la simple répétition d'une norme fédérale dans une loi provinciale ne rend pas, sans plus, la disposition provinciale invalide. Cela dépend de la manière dont la loi traite des droits déclarés. En l'espèce, la manière pertinente dont le Code tente de traiter du droit est celle déjà décrite, c.-à-d., en prévoyant la tenue d'une enquête sous l'égide de la Commission des droits de la personne suite à une plainte portant que ce droit a été violé. La Commission procède alors selon sa manière habituelle pour déclencher ses procédures d'enquête et de conciliation permettant de traiter les plaintes, lesquelles comprennent les exigences concernant ce que la personne qui fait l'objet d'une plainte doit faire et l'indemnité qu'elle doit verser. Bref, ces dispositions, sans plus, prévoient simplement un moyen de traiter les actes arbitraires d'agents de police accomplis au cours d'une arrestation illégale.

Si on laisse de côté pour l'instant la question de savoir si la disposition vise l'administration et la gestion de la G.R.C., j'aurais cru qu'il ne pouvait y avoir aucun doute que les provinces pouvaient, conformément à toute loi fédérale définissant la légalité d'une arrestation, traiter des aspects civils d'une arrestation illégale effectuée par des agents de police, peu importe que l'arrestation soit en apparence à l'égard de la violation d'une loi provinciale ou du *Code criminel*. La compétence des provinces, en vertu du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867* portant sur la propriété et les droits civils, leur donne assez de pouvoir pour traiter des droits civils des personnes qui ont subi un préjudice lors d'une arrestation effectuée dans le cours de l'administration de la justice dans la province.

Par conséquent, je ne vois rien qui empiète sur la compétence en matière de droit criminel dans des

apply the usual procedures of a human rights code to an arbitrary arrest of the kind alleged here, one not justified under the *Criminal Code*. Nor do I see anything objectionable to the province's seeking to enforce in that way the usual requirements of ensuring the legality of a detention and that the person detained be informed of the charges against him. These procedures are of course required by federal law and properly fall within the federal criminal law power. But there is surely nothing wrong in the province's imposing civil sanctions on those who do not comply with the federal norms and providing for compensation to those who may have suffered from their not being respected, as well as for the amicable settlement of disputes and the education of the public about the human rights aspects of such behaviour. This seems to me to fall within the type of complementary legislation referred to by Beetz J., speaking for the majority of this Court in *Attorney General of Canada v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770, in the following passage at p. 794:

> ... we are not concerned in this case with the outer limits of federal jurisdiction over criminal law and I fail to see how the fact that Parliament has not exercised a possible incidental power should sterilize provincial legislative competence and prevent a province or a city from exercising their own powers. And, in the exercise of their own powers, the provinces may constitutionally complement federal legislation. The reports are replete with cases where provincial legislation complementary to federal legislation was upheld as long as it did not collide with the latter ....

Such complementary provincial laws have, of course, long existed in the form of the common law torts of false imprisonment and malicious prosecution and I cannot believe the law must in the future be frozen in this particular form. In Quebec, similar complementary legislation exists by virtue of the Quebec *Civil Code*.

dispositions qui visent à appliquer les procédures habituelles d'un code sur les droits de la personne à une arrestation arbitraire du genre dont il est question en l'espèce, c.-à-d. qui n'est pas justifiée aux termes du *Code criminel*. Je ne vois non plus rien de répréhensible à ce que la province cherche à appliquer de cette manière les exigences habituelles qui visent à assurer qu'une détention est légale et que la personne détenue est informée des accusations portées contre elle. Ces procédures sont évidemment exigées par le droit fédéral et relèvent à juste titre de la compétence fédérale en matière de droit criminel. Cependant, il n'y a certainement rien de mal à ce que la province impose des sanctions civiles à ceux qui ne se conforment pas aux normes fédérales et prévoie l'indemnisation de ceux qui ont pu subir un préjudice par suite du non-respect de ces normes, ainsi que le règlement à l'amiable des litiges et l'éducation du public en ce qui a trait aux aspects relatifs aux droits de la personne, que comporte une telle conduite. Ces mesures me semblent relever du genre de législation complémentaire que mentionne le juge Beetz, au nom de cette Cour à la majorité dans l'arrêt *Procureur général du Canada c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770, dans le passage suivant à la p. 794:

> ... il n'est pas question en l'espèce des limites externes de la compétence fédérale en droit criminel et je ne vois pas comment le fait que le Parlement n'a pas exercé un pouvoir accessoire pourrait paralyser la compétence législative provinciale et empêcher une province ou une ville d'exercer ses propres pouvoirs. Dans l'exercice de leur propre compétence, les provinces peuvent constitutionnellement compléter la législation fédérale. La jurisprudence abonde en exemples où une législation provinciale complémentaire de la loi fédérale fut maintenue dans la mesure où elle n'était pas incompatible avec cette dernière ...

De telles lois provinciales complémentaires existent évidemment depuis longtemps sous la forme des délits de *common law* que sont l'emprisonnement illégal et les poursuites abusives et je ne puis croire que le droit doive à l'avenir être figé dans cette forme particulière. Au Québec, il y a une législation complémentaire analogue qui existe en vertu du *Code civil* du Québec.

Chartier v. Attorney General of Quebec, [1979] 2 S.C.R. 474, is especially instructive in this context. In that case Chartier, by petition of right against the Attorney General, claimed damages for false arrest and for a wrongful charge of manslaughter made by officers of the Quebec Police Force. The Court held that the officers had committed various acts of fault within the meaning of art. 1053 of the Quebec *Civil Code* and consequently that the Attorney General, representing the Queen in right of the Province of Quebec, was liable as their employer. I shall not attempt a full discussion of the case, which is complicated because of the many acts of fault attributed to the police officers, but will focus solely on those aspects of particular relevance to our inquiry.

As in the present case, the police officers were acting in the course of their employment at the relevant time; they were investigating a crime. But as here, too, their actions were not authorized by the provisions of the *Criminal Code*. Thus Pigeon J., who gave the majority judgment, dismissed, as not being supported by the evidence, the defence under the *Criminal Code* that a peace officer may arrest a person without warrant if he has reasonable and probable grounds for believing the person has committed an indictable offence. In the case before us, there was no arrest at all, and there was an uncontroverted finding by the Commission that while there was reasonable cause to believe that Fred Runns, Sr. had committed an offence, "there was no suggestion that any of the other persons [the complainants] were in any way involved in the offence or [had] access to their hunting arms". On the basis of these uncontroverted facts, it is difficult to see how the detention of the complainants, and the manner in which it was effected, could be justified under s. 25(1) of the *Code* as an authorized act done on reasonable and probable grounds using only such force as is necessary for the administration or enforcement of the law.

L'arrêt *Chartier c. Procureur général du Québec*, [1979] 2 R.C.S. 474, est particulièrement instructif sous ce rapport. Dans cette affaire, Chartier avait, par pétition de droit contre le Procureur général, demandé des dommages-intérêts pour arrestation illégale faite par des agents de la Sûreté du Québec et pour l'inculpation injustifiée d'homicide involontaire coupable qu'ils avaient portée contre lui. La Cour a conclu que les agents avaient commis diverses fautes au sens de l'art. 1053 du *Code civil* du Québec et qu'en conséquence le Procureur général, représentant Sa Majesté du chef de la province de Québec, était responsable à titre d'employeur des agents. Je ne tenterai pas de faire une analyse complète de l'arrêt qui est compliqué à cause des nombreuses fautes imputées aux agents de police; je me limiterai plutôt aux aspects qui sont particulièrement pertinents relativement à notre analyse.

Comme en l'espèce, les policiers agissaient dans l'exercice de leurs fonctions à l'époque en cause; ils faisaient enquête sur un crime. Mais tout comme en l'espèce également, leurs actes n'étaient pas autorisés par les dispositions du *Code criminel*. C'est ainsi que le juge Pigeon, qui a rédigé les motifs de la Cour à la majorité, a rejeté comme non justifié par la preuve le moyen de défense fondé sur le *Code criminel* portant qu'un agent de la paix peut arrêter une personne sans mandat s'il a des motifs raisonnables et probables de croire que cette personne a commis un acte criminel. En l'espèce, aucune arrestation n'a été effectuée et la Commission a conclu, ce qui n'a pas été contesté, que même s'il y avait des motifs raisonnables de croire que Fred Runns père avait commis une infraction, [TRADUCTION] «on n'a pas laissé entendre que l'une ou l'autre des autres personnes [les plaignants] était mêlée de façon quelconque à cette infraction ou [avait eu] accès à leurs armes de chasse». Compte tenu de ces faits incontestés, il est difficile de voir comment la détention des plaignants et la manière dont elle s'est déroulée puissent être justifiées, en vertu du par. 25(1) du *Code*, en tant qu'acte autorisé et accompli pour des motifs raisonnables et probables, au moyen de la seule force nécessaire pour l'application ou l'exécution de la loi.

Earlier in his judgment, Pigeon J., at p. 498 referred to the judgment of Martland J. speaking for the Court in *Conseil des Ports Nationaux v. Langelier*, [1969] S.C.R. 60, at p. 65 where the following passage from Dicey's *The Law of the Constitution*, 10th ed., at p. 193, was quoted with approval:

> With us every official, from the Prime Minister down to a constable or a collector of taxes, is under the same responsibility for every act done without legal justification as any other citizen. The Reports abound with cases in which officials have been brought before the courts, and made, in their personal capacity, liable to punishment, or to the payment of damages, for acts done in their official character but in excess of their lawful authority. A colonial governor, *Mostyn v. Fabrigas*, (1774) 1 Cowp. 161; *Musgrave v. Pulido*, (1879) 5 App. Cas. 102; *Governor Wall's Case*, (1802) 28 St. Tr. 51, a secretary of state, *Entick v. Carrington*, (1765) 19 St. Tr. 1030; K. & L. 174, a military officer, *Phillips v. Eyre*, (1867) L.R. 4 Q.B. 225; K. & L. 492, and all subordinates, though carrying out the commands of their official superiors, are as responsible for any act which the law does not authorise as is any private and unofficial person.

Finally, I should note that Pigeon J. makes clear that, for the purposes of civil liability, no distinction can be made on the basis that the police officers were enforcing the *Criminal Code* rather than a provincial enactment. He had this to say at p. 501:

> Moreover, it seems obvious to me that since the entire administration of civil and criminal justice as a rule comes within provincial jurisdiction, there can be no question of making a distinction as to the liability of the provincial police officers on the basis of whether the case involves the investigation and prosecution of offences under federal legislative jurisdiction, as opposed to offences under provincial legislative jurisdiction.

That case, of course, involved officers of the Quebec Police Force, but the reasoning is equally applicable to R.C.M.P. officers. The provisions of the *Criminal Code* setting forth limitations and conditions to the power to arrest were not intended to so cover the field as to displace the province's

Plus tôt dans ses motifs de jugement, le juge Pigeon s'était référé, à la p. 498, aux motifs du juge Martland qui, s'exprimant au nom de cette Cour dans l'arrêt *Conseil des Ports Nationaux v. Langelier*, [1969] R.C.S. 60, à la p. 65, avait cité en l'approuvant le passage suivant de l'ouvrage de Dicey, intitulé *The Law of the Constitution*, 10th ed., à la p. 193:

> [TRADUCTION] Chez nous tout fonctionnaire, du premier ministre aux gendarmes et aux percepteurs d'impôts, est soumis à la même responsabilité que n'importe quel autre citoyen pour tout acte accompli sans droit. La jurisprudence abonde en affaires dans lesquelles des fonctionnaires ont été poursuivis devant les tribunaux et soumis, en leur qualité personnelle, à des châtiments ou au paiement de dommages-intérêts pour des actes qu'ils avaient faits dans l'accomplissement de leurs fonctions officielles, mais au-delà de leur autorité légitime. Un gouverneur de colonie, *Mostyn v. Fabrigas*, (1774) 1 Cowp. 161; *Musgrave v. Pulido*, (1879) 5 App. Cas. 102; *Governor Wall's Case*, (1802) 28 St. Tr. 51, un secrétaire d'État, *Entick v. Carrington*, (1765) 19 St. Tr. 1030; K. & L. 174, un officier de l'armée, *Phillips v. Eyre*, (1867) L.R. 4 Q.B. 225; K. & L. 492, et tout subordonné, bien qu'il exécute les ordres de son supérieur hiérarchique, porte pour un acte que la loi n'autorise pas, la même responsabilité que n'importe quel particulier ou individu qui ne remplit aucune fonction officielle.

Enfin, je dois souligner que le juge Pigeon indique clairement que, pour les fins de la responsabilité civile, on ne peut faire de distinction fondée sur le motif que les agents de police appliquaient le *Code criminel* plutôt qu'une loi provinciale. Voici ce qu'il affirme à la p. 501:

> Du reste il me paraît évident que puisque c'est toute l'administration de la justice civile et criminelle qui relève en principe de l'autorité provinciale, il ne peut pas être question de faire une distinction quant à la responsabilité des agents de la Sûreté, selon qu'il s'agit de la recherche et de la poursuite d'infractions qui relèvent de l'autorité législative fédérale par opposition à celles qui relèvent de l'autorité législative provinciale.

Dans cette affaire, il est question évidemment d'agents de la Sûreté du Québec, mais le raisonnement est également applicable à des agents de la G.R.C. Les dispositions du *Code criminel* qui établissent les conditions et les limites du pouvoir d'arrestation ne visent pas à réglementer le

legitimate interest in its civil aspects. So too, s. 25 of the *Criminal Code*, by restricting the protection accorded to a peace officer in the performance of his duties to cases where he acts on reasonable and probable grounds and without using unnecessary force, leaves open the possibility of a suit in tort where such grounds are absent. Thus a peace officer could be sued civilly for false imprisonment, assault, or malicious prosecution, or in Quebec, as *Chartier* demonstrates, for fault.

I might mention that several cases indicate that a military or police officer acting in the course of his employment is nevertheless subject to prosecution under provincial highway traffic Acts regarding safe driving unless it can be established that breach of those Acts was necessary to the performance of his duties; see *R. v. McLeod*, [1930] 4 D.L.R. 226 (N.S.S.C. *in banco*); *R. v. Stradiotto*, [1973] 2 O.R. 375 (C.A.) I see no reason to distinguish between this sort of situation and one where a police officer intentionally offends against provincial laws for the protection of human rights, since it is within the exclusive power of the provinces to legislate regarding the civil aspects of unlawful arrest and detention. As will be seen, this approach is in complete accord with the legislation establishing and governing the R.C.M.P.

In my view the present case is governed by the reasoning in the *Chartier* case. There, the arrest and other actions taken by the police could not be justified as having been done on the basis of reasonable and probable grounds for believing in the guilt of the accused or on any other basis in the *Criminal Code*. Nor was such a justification attempted here. Indeed, in this case there was no arrest in any real sense that could have brought into play any of the several sections in the *Code* intended for the guidance of a peace officer (see ss. 25, and 449-454), but only arbitrary detention, arbitrary, no doubt, on the basis of the uncontroverted finding of the Commission, in its purpose, its duration and in the matter in which it was

domaine au point d'écarter les intérêts légitimes qu'a la province dans ses aspects civils. De même, en restreignant la protection accordée à un agent de la paix dans l'exercice de ses fonctions aux cas où il agit en fonction de motifs raisonnables et probables et sans utiliser une force excessive, l'art. 25 du *Code criminel* fait en sorte qu'il est possible d'intenter une poursuite en responsabilité délictuelle lorsqu'il y a absence de ces motifs. Il serait donc possible qu'un agent de la paix soit poursuivi au civil pour emprisonnement illégal, voies de fait ou poursuite abusive ou, au Québec, comme l'arrêt *Chartier* le démontre, pour faute.

Je pourrais souligner que plusieurs décisions indiquent qu'un militaire ou un policier qui agit dans l'exercice de ses fonctions peut néanmoins être poursuivi en vertu des codes provinciaux de la route relativement à la prudence qu'il faut exercer en conduisant, à moins d'être en mesure de prouver que la violation de ces codes était nécessaire à l'exécution de ses fonctions; voir *R. v. McLeod*, [1930] 4 D.L.R. 226 (C.S.N.-É. *in banco*); *R. v. Stradiotto*, [1973] 2 O.R. 375 (C.A.) Je ne vois aucune raison de distinguer ce genre de situation de celle où un agent de police enfreint volontairement des lois provinciales relatives à la protection des droits de la personne, puisqu'il relève de la compétence exclusive des provinces de légiférer à propos des aspects civils de l'arrestation et de la détention illégales. Comme nous le verrons, cette façon d'aborder la question est tout à fait conforme à la loi qui crée et régit la G.R.C.

À mon avis, le principe énoncé dans l'arrêt *Chartier* s'applique à la présente espèce. Dans cette affaire, il était impossible de justifier l'arrestation et les autres mesures prises par les policiers comme des actes ayant été accomplis pour des motifs raisonnables et probables de croire à la culpabilité de l'accusé, ou en fonction de quelque autre disposition du *Code criminel*. On n'a pas non plus tenté d'invoquer une justification de la sorte en l'espèce. En réalité, il n'y a pas eu ici d'arrestation au sens véritable qui aurait pu donner lieu à l'application des divers articles du *Code* édictés pour guider un agent de la paix (voir les art. 25 et 449 à 454), mais uniquement une détention arbitraire, arbitraire sans doute, d'après les conclu-

effected, but also arbitrary in the sense of being unlawful. The latter sense, as I have already indicated, is the sense in which the word is used in s. 7. That was the position taken by counsel for the Commission, and I agree with him that that provision only commences where the *Criminal Code* leaves off; it is complementary legislation. Nothing prevents the Commission, of course, from taking account of the factors that make it arbitrary in the broader sense in imposing compensation and otherwise in dealing with the matter.

In his judgment, however, my colleague, Estey J., has drawn attention to the fact that the complaint procedure of the human rights commission is not the only means by which the Code attempts to give effect to s. 7. Section 35(2) imposes a general penalty for violating any right declared in the Code. My colleague reasons that in conjunction with s. 35(2), s. 7 creates an offence of arbitrary arrest or detention which purports to define the boundaries within which an arrest or detention is authorized, a matter which, where the arrest occurs in the course of enforcement of criminal law, is itself, he adds, in relation to criminal law or procedure. Section 35(2) reads as follows:

> **35.** ...
>
> (2) Every person who deprives, abridges or otherwise restricts or attempts to deprive, abridge or otherwise restrict any person or class of persons in the enjoyment of a right under this Act, or any other Act administered by the commission, or who contravenes any provision of any such Act for which no other penalty is imposed, is guilty of an offence and liable on summary conviction to the penalties provided in subsection (3).

Assuming that the enforcement of s. 7 by means of a penal provision like s. 35(2) is unconstitutional as infringing on the criminal law, it by no means follows that the enforcement of s. 7 by the proceedings taken by the Commission pursuant to the complaint procedure set forth in the Code is also unconstitutional. I have already given reasons why the latter course, taken by itself, is constitutionally

sions incontestées de la Commission, sur les plans de son objet, de sa durée et de la manière dont elle s'est déroulée, mais également arbitraire en ce sens qu'elle était illégale. Ce dernier sens, comme je l'ai déjà indiqué, est le sens dans lequel le terme est utilisé à l'art. 7. C'est la position qu'a adoptée l'avocat de la Commission et je conviens avec lui que cette disposition ne prend effet que lorsque le *Code criminel* ne s'applique plus; il s'agit d'une mesure législative complémentaire. Évidemment, rien n'empêche la Commission de tenir compte des facteurs qui la rendent arbitraire dans le sens plus général lorsqu'elle impose une indemnité et règle d'aucune autre manière la question.

Dans ses motifs de jugement toutefois, mon collègue le juge Estey a attiré l'attention sur le fait que la procédure de plainte de la Commission des droits de la personne n'est pas le seul moyen par lequel le Code tente d'appliquer l'art. 7. Le paragraphe 35(2) impose une peine générale pour la violation d'un droit déclaré dans le Code. Mon collègue déduit que, conjointement avec le par. 35(2), l'art. 7 crée l'infraction d'arrestation ou de détention arbitraires qui est censée définir les limites à l'intérieur desquelles une arrestation ou une détention est autorisée, une question qui, lorsque l'arrestation a lieu dans le cours de l'application du droit criminel, est elle-même, ajoute-t-il, en rapport avec le droit criminel ou la procédure en matière criminelle. Voici le texte du par. 35(2):

> [TRADUCTION] **35.** ...
>
> (2) Quiconque supprime ou restreint autrement ou tente de supprimer ou de restreindre autrement la jouissance d'un droit que la présente loi ou toute autre loi administrée par la Commission confère à une personne ou à une catégorie de personnes, ou contrevient à une disposition d'une telle loi pour laquelle aucune autre peine n'est prescrite, est coupable d'une infraction et est passible, sur déclaration sommaire de culpabilité, des peines prévues au paragraphe (3).

À supposer que l'application de l'art. 7 au moyen d'une disposition pénale comme le par. 35(2) soit inconstitutionnelle pour le motif qu'elle empiète sur le droit criminel, il ne s'ensuit absolument pas que l'application de l'art. 7 au moyen des procédures engagées par la Commission, conformément à la procédure de plainte énoncée dans le Code, est également inconstitutionnelle. J'ai déjà

permissible. Why should it become unconstitutional merely because the Act provides a separate enforcement mechanism that is constitutionally tainted?

One could conceivably argue, I suppose, that in these circumstances the scheme taken as a whole becomes unconstitutional. However, a court should not go out of its way to adopt that position if it can be avoided. What is clear here is that the legislature provided for two quite distinct procedures for giving life to the right declared in s. 7, one (the complaint procedure) constitutional, the other (the penal provision in s. 35(2)), I would concede, probably not. There is no reason to think the two procedures were thought to be dependent on one another. Indeed, in practice, penal provisions like s. 35(2) are peripheral to the operation of human rights legislation, a fact that would incline me to read s. 35(2), a general penal section appearing in Part V of the Act, as not being intended to apply to s. 7 if such application would result in rendering its enforcement by means of the complaint procedure unconstitutional. Section 35(2) may, in fact, be severable, depending on its impact on other provisions. At all events, these questions involve more general issues not raised by counsel and which, therefore, do not arise for determination. Counsel simply did not frame his case in this way.

I should perhaps also observe that s. 35(2) is entirely different from another provision of the Code, s. 35(1), which imposes punishment to ensure compliance with orders of the Commission or a board of inquiry. The latter, which finds a counterpart in most human rights legislation, is a mere enforcement provision incidental to the complaint procedure and is justifiable under s. 92(15) of the *Constitution Act, 1867*.

I, therefore, conclude that this ground of appeal fails.

donné les raisons pour lesquelles la dernière façon de procéder est en soi constitutionnellement acceptable. Pourquoi faudrait-il qu'elle devienne inconstitutionnelle pour le simple motif que la Loi prévoit un mécanisme d'application distinct qui est entaché d'un vice sur le plan constitutionnel?

Je suppose qu'il serait possible de faire valoir que, dans ces circonstances, le régime pris dans son ensemble devient inconstitutionnel. Toutefois, un tribunal ne devrait pas se forcer à le faire si cela peut être évité. Ce qui est clair en l'espèce, c'est que la législature a prévu deux procédures tout à fait distinctes pour appliquer le droit déclaré à l'art. 7, l'une (la procédure de plainte) constitutionnelle, l'autre (la disposition pénale du par. 35(2)), je le reconnais, probablement pas. Il n'y a aucune raison de croire que l'on a voulu que les deux dépendent l'une de l'autre. En réalité, les dispositions pénales comme le par. 35(2) sont en pratique accessoires à l'application d'une loi sur les droits de la personne; il s'agit là d'un fait qui me porterait à considérer que le par. 35(2), une disposition pénale générale qui figure dans la Partie V de la Loi, n'est pas destiné à s'appliquer à l'art. 7 si cela a pour effet de rendre inconstitutionnelle son application au moyen de la procédure de plainte. Le paragraphe 35(2) peut en fait être divisé, selon l'effet qu'il a sur d'autres dispositions. De toute façon, ces questions comportent des questions plus générales qui n'ont pas été soulevées par l'avocat et qui, par conséquent, n'ont pas à être tranchées. L'avocat n'a tout simplement pas présenté ainsi l'affaire.

Je devrais peut-être souligner également que le par. 35(2) est tout à fait différent d'une autre disposition du Code, savoir le par. 35(1) qui prescrit une peine visant à assurer la conformité aux ordonnances de la Commission des droits de la personne ou d'une commission d'enquête. Ce dernier paragraphe, qui a son équivalent dans la plupart des lois sur les droits de la personne, est une simple disposition de mise en application accessoire à la procédure de plainte et est justifiable en vertu du par. 92(15) de la *Loi constitutionnelle de 1867*.

Je conclus donc que ce moyen d'appel échoue.

Investigation of R.C.M.P. Administration

Counsel for the appellant R.C.M.P. officers also contended that the proceeding before the Commission was tantamount to an investigation into the management and administration of the R.C.M.P. If he is correct in this, I agree that his clients are entitled to succeed. In *Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada, supra*, this Court held that Parliament had validly established the R.C.M.P. and that Parliament, therefore, had exclusive jurisdiction over its management and administration. It followed that a province could not authorize an enquiry into the R.C.M.P.'s management and administration. Later, in *Attorney General of Alberta v. Putnam, supra*, this Court applied this principle to the management and administration of the force in relation to its duties under a contract between the federal government and a province whereby the R.C.M.P. was to carry out police functions falling within the ambit of the province's jurisdiction over the administration of justice under s. 92(14) of the *Constitution Act, 1867*. In that case, the court further held that the management and administration of the force extended to internal rules for disciplining its officers.

Counsel for the respondent Board countered by saying that the Commission's proceedings were not directed at the management and internal practices of the R.C.M.P. but at the conduct of individual R.C.M.P. officers that formed the subject-matter of the complaint.

Before attacking the issue frontally, I shall dispose of a subsidiary issue advanced by counsel for the R.C.M.P. officers. To properly fit within the scheme for the protection of human rights (including freedom from arbitrary arrest and detention) in *The Saskatchewan Human Rights Code*, he submitted, it is necessary for the Commission to determine what changes will be required in the practices of the R.C.M.P. to deal with the complaint. He noted that in seeking the intervention of the Commission, the complainants had expressed their belief that their experience in this case was indicative of a general pattern and practice of the

Enquête sur l'administration de la G.R.C.

L'avocat des agents intimés de la G.R.C. a également soutenu que les procédures menées devant la Commission équivalaient à une enquête sur la gestion et l'administration de la G.R.C. S'il a raison sur ce point, je reconnais que ses clients doivent avoir gain de cause. Dans l'arrêt *Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada*, précité, cette Cour a conclu que le Parlement a validement constitué la G.R.C. et qu'en conséquence il a compétence exclusive sur sa gestion et son administration. Il s'ensuit qu'une province ne peut autoriser la tenue d'une enquête portant sur la gestion et l'administration de la G.R.C. Plus tard, dans l'arrêt *Procureur général de l'Alberta c. Putnam*, précité, cette Cour a appliqué le même principe à la gestion et à l'administration de ce corps de police à l'égard des fonctions qui lui incombent en vertu d'un contrat intervenu entre le gouvernement fédéral et la province, par lequel la G.R.C. remplit les fonctions de police qui relèvent de la compétence sur l'administration de la justice que confère à la province le par. 92(14) de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Dans cet arrêt, la Cour a également conclu que la gestion et l'administration du corps de police s'étendent aux règles internes de discipline visant ses agents.

L'avocat de la commission d'enquête intimée a répliqué que les procédures de la Commission des droits de la personne visaient non pas la gestion et les pratiques internes de la G.R.C., mais la conduite de certains agents de la G.R.C. visés par la plainte.

Avant d'attaquer la question de front, je tiens à régler une question subsidiaire soulevée par l'avocat des agents de la G.R.C. Pour bien se conformer au régime de protection des droits de la personne (dont la protection contre l'arrestation et la détention arbitraires) que l'on trouve dans *The Saskatchewan Human Rights Code*, dit-il, il est nécessaire que la Commission détermine les changements qu'il faudra apporter aux pratiques de la G.R.C. pour régler la plainte. Il souligne qu'en demandant à la Commission d'intervenir, les plaignants ont exprimé leur conviction que l'expérience qu'ils ont vécue en l'espèce témoigne d'un

R.C.M.P. Moreover, counsel added, s. 31(3) of the Code contemplates an inquiry into patterns and practices that deny rights secured by the Code.

I cannot accept this submission. While the complaint filed with the Commission expressed the belief that the action complained of was indicative of a general pattern or practice, the appellants do not allege that the Board actually carried out an investigation of such a pattern or practice. Indeed, counsel for the Board conceded that it did not have the power to investigate general patterns or practices of the R.C.M.P. *Keable* and *Putnam* would not permit this. What the Board did do was to conduct an investigation into the conduct of individual R.C.M.P. officers on a particular occasion. The fact that s. 31(3) of the Code is constitutionally inapplicable to the R.C.M.P. does not prevent the Commission from exercising its other powers in conducting an investigation into a complaint about specific unlawful conduct by members of the R.C.M.P. on a particular occasion.

Such an investigation in no way conflicts with *Keable* and *Putnam*. *Keable* held that a provincial commission on inquiry could not extend its investigation into the administration and operation of the R.C.M.P. No such inquiry was made here. *Putnam* involved an appeal to a provincial authority from a disciplinary decision of the R.C.M.P. An internal code of discipline is directly concerned with the management and discipline of the R.C.M.P. Thus an attempt by a province to provide a disciplinary procedure for the R.C.M.P., or to provide for an appeal from the internal disciplinary review by the R.C.M.P., as was the case in *Putnam*, is unconstitutional. But the situation here is completely different. The present case deals with a complaint by third parties that their rights under provincial law have been infringed by the conduct of individual R.C.M.P. officers. Leaving aside any question of immunity that may arise regarding conduct in the course of duty, individual members of the R.C.M.P. are subject to provincial laws of

genre de méthode ou pratique courante chez la G.R.C. De plus, d'ajouter l'avocat, le par. 31(3) du Code prévoit une enquête sur les méthodes et les pratiques qui violent les droits garantis par le Code.

Je ne puis accepter cette prétention. Bien que la plainte déposée auprès de la Commission exprime la conviction que l'acte dont on se plaint témoigne d'un genre de méthode ou pratique courante, les appelants ne font pas valoir que la commission d'enquête a vraiment enquêté sur cette méthode ou pratique. En réalité, l'avocat de la commission d'enquête a reconnu qu'elle n'a pas compétence pour enquêter sur les méthodes ou pratiques courantes de la G.R.C. Les arrêts *Keable* et *Putnam* ne le permettent pas. Ce que cette commission comptait faire, c'était d'enquêter sur la conduite adoptée par certains agents de la G.R.C. dans des circonstances particulières. Le fait que le par. 31(3) du Code soit, selon la Constitution, inapplicable à la G.R.C. n'empêche pas la Commission des droits de la personne d'exercer ses autres pouvoirs et de faire enquête sur une plainte au sujet d'une certaine conduite illégale adoptée par des membres de la G.R.C. dans des circonstances particulières.

Une telle enquête ne va aucunement à l'encontre des arrêts *Keable* et *Putnam*. Dans l'arrêt *Keable*, la Cour a conclu qu'une commission d'enquête provinciale ne peut faire porter son enquête sur l'administration et le fonctionnement de la G.R.C. Il y a pas eu d'enquête de la sorte en l'espèce. L'arrêt *Putnam* porte sur un appel interjeté auprès d'un organisme provincial contre une décision disciplinaire de la G.R.C. Un code interne de discipline porte directement sur la gestion et la discipline de la G.R.C. Ainsi, la tentative d'une province de prévoir une procédure disciplinaire pour la G.R.C. ou de prévoir un appel d'un examen disciplinaire interne effectué par la G.R.C., comme ce fut le cas dans l'affaire *Putnam*, est inconstitutionnelle. La situation en l'espèce est complètement différente. L'espèce porte sur une plainte formulée par des tiers selon laquelle la conduite adoptée par des agents de la G.R.C. a porté atteinte aux droits que leur confère la loi provinciale. Si on fait abstraction de toute

general application in the same way as other citizens.

In both *Keable*, at p. 242, and *Putnam*, at p. 277, the investigations were carefully distinguished from a criminal investigation into the activities of individual members of the R.C.M.P. What was found objectionable in the *Keable* inquiry were those aspects of its mandate designed for the purpose of investigating the internal management of the R.C.M.P. Pigeon J., who wrote the majority judgment, had this to say, at p. 243:

> The words [TRANSLATION] "and the frequency of their use" at the end of paragraph a) as well as the words "and the frequency of their use" at the end of paragraph c), of the Commissioner's mandate, do not contemplate an inquiry into criminal acts but into the methods used by the police forces. Those are essential aspects of their administration and therefore, to the extent that those words relate to the R.C.M.P., what they purport to authorize is beyond provincial jurisdiction to inquire into. That this is the intended scope of the inquiry is apparent from the subpoenas which call for the production of all operating rules and manuals. For similar reasons, I would hold that paragraph d) is invalid in so far as it relates to the R.C.M.P. This paragraph pertaining to recommendations, following as it does provisions contemplating an inquiry into the regulations and practices of the R.C.M.P., is clearly intended to invite, as a purpose of the inquiry, recommendations for changes in such regulations and practices. Inasmuch as these are the regulations and practices of an agency of the federal government, it is clearly not within the proper scope of the authority of a provincial legislature to authorize such an intrusion by an agent of a provincial government.

(Emphasis in original.)

But as he had stated earlier, at p. 242, "... members of the force enjoy no immunity from the criminal law and the jurisdiction of the proper provincial authorities to investigate and prosecute criminal acts committed by any of them as by any other person ...." There is no allegation of colourability here.

question d'immunité qui peut se poser à l'égard de leur conduite dans l'exécution de leurs fonctions, les membres de la G.R.C., à titre individuel, sont assujettis aux lois provinciales d'application générale de la même manière que les autres citoyens.

Tant dans l'arrêt *Keable*, à la p. 242, que dans l'arrêt *Putnam*, à la p. 277, on a soigneusement distingué ces enquêtes d'une enquête criminelle portant sur les activités de certains membres de la G.R.C. Ce qui a été jugé inacceptable dans l'enquête *Keable* ce sont les aspects de son mandat visant une enquête sur la gestion interne de la G.R.C. Le juge Pigeon, qui a rédigé les motifs de la Cour à la majorité, affirme ceci à la p. 243:

> Les mots «et la fréquence de leur utilisation» à la fin de l'alinéa a), comme les mots «ainsi que la fréquence de leur utilisation» à la fin de l'alinéa c) du mandat du commissaire, ne visent pas une enquête sur des actes criminels mais une enquête sur les méthodes de la police. Celles-ci sont un aspect important de son administration et, par conséquent, dans la mesure où ces expressions visent la G.R.C., ce qu'elles prétendent autoriser outrepasse la compétence provinciale. Il ressort clairement des assignations qui demandent la production des règles et manuels en vigueur que tel était le but visé par l'enquête. Pour les mêmes raisons, je dois conclure que l'alinéa d) est invalide en ce qui concerne la G.R.C. Cet alinéa, qui prévoit des recommandations et vient à la suite des dispositions qui visent l'enquête sur les règles et méthodes de la G.R.C., a pour but évident de faire entrer dans l'objet de l'enquête la formulation de recommandations sur des changements à apporter à ces règles et méthodes. Puisqu'il s'agit de règles et méthodes d'un organisme du gouvernement fédéral, il est évident que la législature provinciale n'a pas le pouvoir d'autoriser une telle intrusion par un mandataire du gouvernement provincial.

(Souligné dans l'original.)

Mais comme il l'avait déjà dit à la p. 242, «Le personnel de la Gendarmerie royale ne jouit d'aucune immunité contre le pouvoir des autorités provinciales appropriées de faire enquête et d'instituer des poursuites en cas d'actes criminels commis par l'un d'eux comme par toute autre personne ...» Il n'y a pas d'allégation de détournement de pouvoir en l'espèce.

Laskin C.J. appears to have put it on a broader basis in *Putnam*, where he referred to the fact that "R.C.M.P. officers are not immune from the duty which lies upon all citizens to obey the law and that in case of an alleged infraction they may be subject to prosecution and punishment". That statement is no more than an expression of the Rule of Law, and extends to the law respecting civil rights in the province and its enforcement either by the courts in the traditional manner or by newly created institutional structures such as human rights commissions, a matter I have already explored.

Far from being contrary to federal legislation, the conclusion that members of the R.C.M.P. must conform with the law is in harmony with the approach taken in the *Royal Canadian Mounted Police Act*, R.S.C. 1970, c. R-9, and its regulations. Thus s. 37(3) of the Act reads:

37. ...

(3) Nothing in subsection (2) prejudices any right or remedy that may exist apart from this section against any person ... for any injury to the person or damage to or loss of property in respect of which a member is under this section ordered to make payment of damages or restitution ....

As well, s. 25 of the Regulations [*Royal Canadian Mounted Police Regulations*, C.R.C. 1978, c. 1391] provides:

25. It is the duty and responsibility of every officer and of every person in charge of a post to ensure that there is at all times strict observance of the law, compliance with the rules of discipline and the proper discharge of duties by all members of the Force.

(Emphasis is mine.)

There is thus nothing in this legislation that in any way suggests that R.C.M.P. officers are intended to be above the law.

The R.C.M.P. was created to enforce the law; it would be ironic if membership in the force constituted a shield for officers who infringed it. But that is not the case. Specific conduct of individual officers in breach of the law cannot be viewed as coming within the management and administra-

Le juge en chef Laskin paraît avoir exprimé la même idée de façon plus générale dans l'arrêt *Putnam* où il mentionne le fait que «les agents de la G.R.C. ne sont pas exemptés du devoir qui incombe à tous les citoyens d'obéir à la loi et que si une infraction leur est imputée, ils peuvent être passibles de poursuites et de sanctions». Cette affirmation n'est rien de plus que l'expression de la primauté du droit et s'applique au droit concernant les droits civils dans la province et à son application soit par les cours de la manière traditionnelle ou par des institutions nouvellement créées comme les commissions des droits de la personne, un sujet que j'ai déjà examiné.

Loin d'être contraire à la loi fédérale, la conclusion que les membres de la G.R.C. doivent respecter la loi est conforme à la ligne de conduite adoptée dans la *Loi sur la Gendarmerie royale du Canada*, S.R.C. 1970, chap. R-9 et son règlement d'application. Ainsi le par. 37(3) de la Loi dispose:

37. ...

(3) Rien au paragraphe (2) ne porte atteinte à quelque droit ou recours qui peut exister en dehors du présent article, contre toute personne ... pour quelque blessure à la personne ou dommage à des biens ou perte de biens, à l'égard desquels un membre a reçu, aux termes du présent article, l'ordre de payer des dommages-intérêts ou d'effectuer une restitution ...

De même, l'article 25 du Règlement [*Règlement de la Gendarmerie royale du Canada*, C.R.C. 1978, chap. 1391] édicte:

25. Tout officier et toute personne chargée d'un poste a le devoir et la responsabilité de veiller à ce qu'en tout temps les membres de la Gendarmerie obéissent rigoureusement à la loi, se conforment aux règles définissant la discipline à observer et remplissent leurs fonctions convenablement.

(C'est moi qui souligne.)

Il n'y a donc rien dans ces dispositions législatives qui indique qu'on a voulu que les agents de la G.R.C. soient au-dessus de la loi.

La G.R.C. a été créée pour appliquer la loi; il serait ironique que le fait d'appartenir à ce corps policier constitue une protection pour les agents qui ont enfreint la loi. Mais ce n'est pas le cas. Il n'est pas possible de considérer que la conduite précise de certains agents qui contrevient à la loi

tion of the R.C.M.P., and provincial investigations into allegations of such conduct are permissible. In *Keable*, a provincial inquiry into allegedly illegal acts undertaken by various members of the force was not deemed unconstitutional. What that case held was invalid, we saw, was an investigation into the administration and management of the R.C.M.P.

Finally, *Putnam* stands for the proposition that a province cannot prescribe a code of discipline for the R.C.M.P. The fact, however, that the conduct of an R.C.M.P. officer might give rise to internal disciplinary action against his has nothing to do with the administration of a provincial law of general application like *The Saskatchewan Human Rights Code*.

I would, therefore, uphold the authority of the Board to adjudicate on the issues assigned to it.

Conclusion

For these reasons I would dismiss the appeal with costs and reply to the constitutional questions in the following manner:

Question (1): No

Question (2): A provincially established Board of Inquiry is constitutionally empowered to adjudicate upon a complaint that members of the R.C.M.P. while on duty arbitrarily arrested or detained certain persons contrary to the provisions of s. 7 of *The Saskatchewan Human Rights Code*. Such a proceeding is not directed to the administration and management of the R.C.M.P. or the supervision and control of the exercise by the R.C.M.P. of powers to arrest and detain persons as a matter of criminal law and procedure in criminal matters.

Appeal allowed with costs, DICKSON C.J. *and* WILSON *and* LA FOREST JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellants: Roger Tassé, Ottawa.

relève de la gestion et de l'administration de la G.R.C. et il peut y avoir des enquêtes provinciales sur des allégations portant sur ce genre de conduite. Dans l'arrêt *Keable*, une enquête provinciale portant sur des actes illégaux qu'auraient accomplis divers membres de la Gendarmerie n'a pas été jugée inconstitutionnelle. Comme nous l'avons vu, ce qui a été jugé invalide dans cet arrêt, c'est l'enquête sur l'administration et la gestion de la G.R.C.

Enfin, l'arrêt *Putnam* appuie la proposition qu'une province ne peut prescrire un code de discipline à la G.R.C. Le fait cependant que la conduite d'un agent de la G.R.C. pourrait l'exposer à une mesure disciplinaire interne n'a rien à voir avec l'administration d'une loi provinciale d'application générale comme *The Saskatchewan Human Rights Code*.

Je suis donc d'avis de confirmer le pouvoir de la commission d'enquête de statuer sur les questions qui lui ont été soumises.

Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et de répondre aux questions constitutionnelles de la manière suivante:

Question (1): Non.

Question (2): Une commission d'enquête constituée par la province a, du point de vue constitutionnel, compétence pour statuer sur une plainte portant que des membres de la G.R.C. ont, dans l'exécution de leurs fonctions, arrêté ou détenu arbitrairement certaines personnes, contrairement aux dispositions de l'art. 7 de *The Saskatchewan Human Rights Code*. Une telle procédure ne vise ni l'administration et la gestion de la G.R.C., ni la surveillance et le contrôle de l'exercice par la G.R.C. des pouvoirs d'arrestation et de détention des personnes en application du droit criminel et de la procédure en matière criminelle.

Pourvoi accueilli avec dépens, le juge en chef DICKSON *et les juges* WILSON *et* LA FOREST *sont dissidents.*

Procureur des appelants: Roger Tassé, Ottawa.

Solicitor for the respondent: Milton C. Woodard, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Archie Campbell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Quebec: Réal A. Forest, Jean Bouchard and André Binette, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General for New Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.

Procureur de l'intimé: Milton C. Woodard, Regina.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Archie Campbell, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général du Québec: Réal A. Forest, Jean Bouchard et André Binette, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick: Gordon F. Gregory, Fredericton.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Richard Gosse, Regina.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

James Edward Mannion *Respondent*

and

The Attorney General of Canada *Intervener*

INDEXED AS: R. *v.* MANNION

File No.: 18621.

1985: June 6; 1986: October 9.

Present: Dickson C.J. and Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Self-incrimination — Cross-examination of an accused at a new trial on his testimony given at a previous trial on the same charge — Whether such cross-examination infringed s. 13 of the Charter — If so, whether cross-examination justifiable under s. 1 of the Charter.

Respondent was convicted of rape but the Court of Appeal ordered a new trial. One of the central issues at the second trial concerned the appropriate inferences to be drawn from the respondent's departure from Edmonton to Vancouver after the alleged commission of the crime and before his arrest. Those inferences depended in turn upon whether the respondent knew of the rape charge before his departure. On cross-examination, the Crown confronted the respondent and another witness with their testimony from the previous trial which was contradictory to the evidence at the new trial. The Crown adopted this tack on cross-examination to establish that prior to being told by the police that there was a rape charge under investigation, the respondent had knowledge of what was afoot and left for Vancouver. Respondent was again convicted. On appeal, the Court of Appeal found no error in permitting the introduction of the prior inconsistent statements by the accused but granted a new trial on the ground of misdirection to the jury with respect to the law applicable to the use of prior inconsistent statements by a non-party witness. This appeal is to determine (1) whether the cross-examination of an accused at a new trial on testimony given at a previous trial on the same charge infringes the accused's right against self-incrimination guaranteed in s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*,

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

James Edward Mannion *Intimé*

et

Le procureur général du Canada *Intervenant*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* MANNION

N° du greffe: 18621.

1985: 6 juin; 1986: 9 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, Estey, McIntyre, Lamer, Wilson et La Forest.

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Auto-incrimination — Contre-interrogatoire d'un accusé, lors d'un nouveau procès, relativement au témoignage qu'il a donné au cours d'un procès antérieur portant sur la même accusation — Un tel contre-interrogatoire porte-t-il atteinte à l'art. 13 de la Charte? — Dans l'affirmative, peut-il être justifié en vertu de l'article premier de la Charte?

L'intimé a été déclaré coupable de viol, mais la Cour d'appel a ordonné un nouveau procès. L'une des questions principales, au cours du second procès, portait sur les déductions qu'il fallait tirer du fait que l'intimé a quitté Edmonton pour Vancouver après la perpétration du crime reproché et avant son arrestation. Ces déductions dépendaient à leur tour de la question de savoir si l'intimé était au courant de l'accusation de viol avant son départ. En contre-interrogatoire, le ministère public a confronté l'intimé et un autre témoin aux témoignages qu'ils avaient donnés au cours du procès antérieur et qui contredisaient ceux donnés lors du nouveau procès. Le ministère public a adopté cette tactique, au cours du contre-interrogatoire, en vue d'établir que, avant que la police ne lui ait dit qu'il y avait une enquête relative à une accusation de viol, l'intimé savait ce qui se préparait et est parti pour Vancouver. L'intimé a été de nouveau déclaré coupable. En appel, la Cour d'appel a conclu que l'on n'avait commis aucune erreur en permettant de présenter les déclarations incompatibles antérieures de l'accusé, mais elle a ordonné la tenue d'un nouveau procès pour le motif que le jury avait reçu des directives erronées au sujet de la règle applicable à l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles d'un témoin non partie au litige. Le présent pourvoi vise à déterminer (1) s'il y a violation du droit de l'accusé à la protection

and (2) if so, whether such cross-examination is justified on the basis of s. 1 of the *Charter*.

Held: The appeal should be dismissed.

The cross-examination of the respondent at the new trial violated his rights under s. 13 of the *Charter*. The section provides that "A witness who testifies in any proceedings has the right not to have any incriminating evidence so given used to incriminate that witness in any other proceedings ...." This Court has decided in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350, that a second trial of an accused on the same indictment is another proceeding within the meaning of s. 13. In this case, the purpose of the Crown's cross-examination was to establish the accused's guilt by revealing his inconsistent statements. Section 13 was therefore applicable to exclude the incriminating use of the evidence of these contradictory statements. No reasonable limits prescribed by law was shown by the Crown to justify such cross-examination on the basis of s. 1. The admission of this evidence and its use to incriminate the accused, while in accordance with the law as it stood before this Court's decision in *Dubois*, now results in a reversible error. It is error of such a nature that may not be cured by the application of the proviso in s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*.

Cases Cited

Applied: *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350; **referred to:** *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531; *Boulet v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 332; *R. v. Wilmot* (1940), 74 C.C.C. 1; *R. v. Coté* (1979), 50 C.C.C. (2d) 564; *R. v. Antoine* (1949), 94 C.C.C. 106; *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 5(2), 9, 10, 11.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 13.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 613(1)(*b*)(iii).

Authors Cited

Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 1979.
Phipson, Sydney Lovell. *Phipson on Evidence*, 13th ed.

contre l'auto-incrimination que lui garantit l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, lorsqu'on le contre-interroge au cours d'un nouveau procès sur un témoignage donné lors d'un procès antérieur visant la même accusation, et (2), dans l'affirmative, si ce contre-interrogatoire est justifié en fonction de l'article premier de la *Charte*.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le contre-interrogatoire de l'intimé au cours du nouveau procès a violé les droits que lui garantit l'art. 13 de la *Charte*. Cet article prévoit que «Chacun a droit à ce qu'aucun témoignage incriminant qu'il donne ne soit utilisé pour l'incriminer dans d'autres procédures ...» Dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350, cette Cour a décidé qu'un second procès que l'on fait subir à un accusé relativement au même acte d'accusation constitue une autre procédure au sens de l'art. 13. En l'espèce, le contre-interrogatoire mené par le ministère public avait pour objet d'établir la culpabilité de l'accusé en révélant ses déclarations incompatibles. L'article 13 s'appliquait donc de manière à exclure l'usage incriminant de la preuve de ces déclarations contradictoires. Le ministère public n'a démontré l'existence d'aucune limite raisonnable prescrite par une règle de droit, qui puisse justifier un tel contre-interrogatoire en fonction de l'article premier. L'admission de ce témoignage et son utilisation pour incriminer l'accusé, tout en étant conformes au droit en vigueur avant l'arrêt *Dubois* de cette Cour, entraînent maintenant une erreur donnant lieu à cassation. Il s'agit d'une erreur à laquelle il est impossible de remédier par l'application de la réserve du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel*.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350; **arrêts mentionnés:** *Deacon v. The King*, [1947] R.C.S. 531; *Boulet c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 332; *R. v. Wilmot* (1940), 74 C.C.C. 1; *Procureur général du Québec c. Côté*, [1979] C.A. 118; *R. v. Antoine* (1949), 94 C.C.C. 106; *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 13.
Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 613(1)(*b*)(iii).
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 5(2), 9, 10, 11.

Doctrine citée

Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 1979.
Phipson, Sydney Lovell. *Phipson on Evidence*, 13th ed.

By J. H. Buzzard, R. May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.
Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1983.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1984), 11 C.C.C. (3d) 503, 9 D.L.R. (4th) 621, 53 A.R. 81, allowing the accused's appeal from his conviction for rape and ordering a new trial. Appeal dismissed.

Jack Watson and *Eileen Nash*, for the appellant.

Alexander D. Pringle, for the respondent.

S. R. Fainstein and *Michael C. Blanchflower*, for the intervener.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal involves consideration of the use to which prior inconsistent statements, made by an accused and another witness at a former trial on the same indictment, may be put by the Crown on a retrial. More specifically, the Court is asked to review the established rule that a prior inconsistent statement made by a non-party witness on an earlier occasion is receivable only on the issue of the credibility of the witness. Further, the Court must consider the use to which the previous inconsistent testimony of an accused may be put in subsequent proceedings against him in the light of this Court's decision in *Dubois v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 350.

The respondent was charged with rape. He was tried before a judge sitting without a jury and convicted. An appeal was allowed and a new trial directed, which took place before Legg J. and a jury in the Court of Queen's Bench for Alberta. The respondent was again convicted. During the second trial, one of the central issues raised concerned the appropriate inferences to be drawn from the respondent's departure from Edmonton after the alleged commission of the crime and before his arrest. Those inferences depended in

By J. H. Buzzard, R. May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982.
Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1984), 11 C.C.C. (3d) 503, 9 D.L.R. (4th) 621, 53 A.R. 81, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusé à l'encontre de sa déclaration de culpabilité de viol et a ordonné un nouveau procès. Pourvoi rejeté.

Jack Watson et *Eileen Nash*, pour l'appelante.

Alexander D. Pringle, pour l'intimé.

S. R. Fainstein et *Michael C. Blanchflower*, pour l'intervenant.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi porte sur la question de savoir si le ministère public peut au cours d'un nouveau procès utiliser des déclarations incompatibles faites antérieurement par un accusé et un autre témoin au cours d'un premier procès portant sur le même acte d'accusation. Plus précisément, on demande à la Cour de réviser la règle établie selon laquelle une déclaration antérieure incompatible faite par un témoin non partie au litige n'est recevable qu'à l'égard de la question de la crédibilité de ce témoin. En outre, la Cour doit examiner l'usage qui peut être fait du témoignage antérieur incompatible d'un accusé dans des procédures engagées subséquemment contre lui, compte tenu de l'arrêt de cette Cour *Dubois c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 350.

L'intimé a été accusé de viol. Il a subi son procès devant un juge sans jury et a été déclaré coupable. L'appel a été accueilli et on a ordonné un nouveau procès qui a eu lieu devant le juge Legg et un jury en Cour du Banc de la Reine de l'Alberta. L'intimé a de nouveau été déclaré coupable. Au cours du second procès, l'une des questions principales qui a été soulevée portait sur les déductions qu'il fallait tirer du fait que l'intimé a quitté Edmonton après la perpétration du crime reproché et avant son arrestation. Ces déductions dépendaient à leur

turn upon whether the respondent knew of the rape charge before his departure.

The offence was alleged to have occurred on October 23, 1980. Some time after October 28 and before November 5 the respondent received word that a detective, named Peters, was making inquiries regarding him and wished to see him. The respondent spoke to Peters on the telephone. He then consulted a solicitor, had a conversation with a Miss Dibdin, and left Edmonton for Vancouver the same day. He was arrested by an R.C.M.P. officer at Hinton, Alberta, while *en route* to Vancouver and returned to Edmonton.

Miss Dibdin, with whom the respondent was living at the time and with whom he discussed matters before his departure for Vancouver, stated at the second trial that she was not sure whether the respondent mentioned the word 'rape' in the conversation before his departure for Vancouver. She believed, however, that he informed her that he had been charged with rape when he telephoned her from Hinton after his arrest. She was cross-examined with reference to what she said at the first trial. Some of the questions and answers are set out below:

Q Okay, perhaps I could assist you. Do you recall giving testimony in January of 1982?

A M-hm.

Q Your answer, please?

A Yes.

Q And do you recall at Page 260 of the transcript, My Lord:

"Q And the fact of the matter is that you knew Mr. Mannion was in trouble with the police on a rape charge prior to him leaving Town, isn't that correct, ma'am?

A I wasn't certain what the charge was. In fact there wasn't a charge. They wanted him for questioning and that was enough to frighten Jim if they even wanted to question him.

Q I beg your pardon?

A I said they wanted to question him.

Q The word rape was mentioned between you and Jim prior to him leaving Town?

A I believe so."

tour de la question de savoir si l'intimé était au courant de l'accusation de viol avant son départ.

L'infraction aurait eu lieu le 23 octobre 1980. Quelque temps après le 28 octobre et avant le 5 novembre, l'intimé a entendu dire qu'un détective, nommé Peters, menait une enquête sur son compte et voulait le voir. L'intimé a parlé à Peters au téléphone. Il a alors consulté un avocat, a eu une conversation avec une certaine M^lle^ Dibdin et a quitté Edmonton pour Vancouver le même jour. Il a été arrêté par un agent de la G.R.C. à Hinton en Alberta, alors qu'il faisait route vers Vancouver et on l'a ramené à Edmonton.

M^lle^ Dibdin, avec qui l'intimé vivait à l'époque et avec qui il a discuté de certaines questions avant son départ pour Vancouver, a déclaré au deuxième procès qu'elle n'était pas certaine si l'intimé avait mentionné le terme «viol» dans la conversation qui avait eu lieu avant son départ pour Vancouver. Toutefois, elle croyait qu'il l'avait informée qu'il avait été accusé de viol lorsqu'il lui a téléphoné de Hinton après son arrestation. Elle a été contre-interrogée relativement à ce qu'elle a dit au cours du premier procès. Voici certaines questions et réponses:

[TRADUCTION]

Q D'accord, je peux sans doute vous aider. Vous souvenez-vous d'avoir témoigné en janvier 1982?

R M-hum.

Q Votre réponse, s'il-vous-plaît?

R Oui.

Q Et vous souvenez-vous de la page 260 des notes sténographiques, votre seigneurie:

«Q Et le fait est que vous saviez que M. Mannion avait des problèmes avec la police relativement à une accusation de viol avant qu'il ne quitte la ville, est-ce exact, madame?

R Je n'étais pas certaine du contenu de l'accusation. En fait, il n'y avait pas d'accusation. Ils voulaient l'interroger et c'était suffisant pour effrayer Jim qu'ils veuillent simplement l'interroger.

Q Je vous demande pardon?

R J'ai dit qu'ils voulaient l'interroger.

Q Lors de votre conversation avec Jim avant qu'il ne quitte la ville, le terme viol a-t-il été mentionné?

R Je le crois.»

and later:

Q If I can assist you, in January of 1982 do you recall being asked these questions and giving these answers?

"Q My question, ma'am, is that in fact Jim told you about the rape when he phoned you from Hinton, isn't that correct?"

This is at Page 261.

"A I suppose he did, yes.

Q Well, ma'am, supposing he did and saying he did are two different things. My question is, I put it to you—

A Okay, yes."

Do you recall being asked those questions and giving those answers?

A I recall the pressure.

Q Well that is not my question, Miss Dibdin. My question is: do you recall being asked those questions and giving those answers?

A I guess I was, yeah. If it is written down I must have said it.

Q Okay, and were the answers to those questions true at the time?

A As far as I remembered, yeah, I guess.

The respondent gave evidence at both trials. At the second, he testified that upon being told that the police had been making inquiries about him he spoke with Detective Peters, of the Edmonton Police Force. Peters asked him to come to the police station but gave no specific reason, merely saying that it concerned a serious matter. The respondent went on to say that he had been involved as an informer for Peters in certain drug dealings. He had not met some obligations that he had assumed in that role and he was afraid to visit Peters. He went at once to see his lawyer and then left for Vancouver where, he said, he wished to consult an old friend on this matter, a Vancouver police officer. He was then confronted on cross-examination with testimony he had given at the earlier trial in which he omitted any mention of fear of Detective Peters and said that, in his conversation with Peters before he departed for Vancouver, Peters had told him that he wanted to see him concerning a rape. The Crown, it may be observed at this point, had led evidence from

Et plus loin:

[TRADUCTION]

Q Si je peux vous aider, en janvier 1982 vous souvenez-vous qu'on vous ait posé ces questions et que vous ayez donné ces réponses?

«Q Ma question, madame, est que Jim vous a effectivement parlé du viol lorsqu'il vous a téléphoné de Hinton, est-ce exact?»

C'est à la page 261.

«R Je suppose qu'il l'a fait, oui.

Q Bien madame, supposer qu'il l'a fait et dire qu'il l'a fait sont deux choses différentes. Ma question est la suivante, la voici—

R D'accord, oui.»

Vous souvenez-vous qu'on vous ait posé ces questions et que vous ayez donné ces réponses?

R Je me souviens de la pression.

Q Bien, ce n'est pas ma question, M^lle^ Dibdin. Ma question est la suivante: vous souvenez-vous qu'on vous ait posé ces questions et que vous ayez donné ces réponses?

R Je suppose que je l'ai fait, oui. Si c'est écrit je dois l'avoir dit.

Q D'accord, et les réponses à ces questions étaient-elles vraies à ce moment-là?

R Autant que je me souvienne, oui, je suppose.

L'intimé a témoigné aux deux procès. Au second, il a déposé que, lorsqu'on lui a dit que la police menait une enquête sur son compte, il a parlé avec le détective Peters de la police d'Edmonton. Peters lui a demandé de venir au poste de police mais n'a donné aucune raison précise, disant simplement que c'était au sujet d'une question grave. L'intimé a ajouté qu'il avait agi à titre d'informateur pour Peters dans certaines affaires de drogue. Il n'avait pas rempli certaines obligations qu'il avait souscrites dans ce rôle et il avait peur de rendre visite à Peters. Il a immédiatement consulté son avocat et est ensuite parti pour Vancouver où, a-t-il dit, il voulait consulter un ami de longue date à ce sujet, un agent de police de Vancouver. En contre-interrogatoire, il a alors été confronté au témoignage qu'il avait donné au cours du procès précédent dans lequel il n'avait pas mentionné qu'il avait peur du détective Peters et dans lequel il a dit que, dans la conversation qu'il avait eue avec Peters avant de partir pour Vancouver, celui-ci lui avait dit qu'il voulait le voir au

Peters that he had not mentioned the word 'rape' to the respondent prior to his arrest. It would seem clear that the Crown in adducing this evidence in cross-examination was seeking to establish that, prior to being told by the police that there was a rape charge under investigation, the respondent had knowledge of what was afoot and left for Vancouver.

In his charge to the jury the trial judge made reference to the contradictory statements made by the respondent in the previous proceedings. He made no specific reference to the testimony of Miss Dibdin in the earlier proceedings. Nowhere in the judge's charge did he tell the jury that the previous contradictory statements made by a witness could only be used by them for the limited purpose of testing the credibility of the witness, unless he or she adopted the earlier statements.

During their deliberations the jury returned with a question for the trial judge. It was evident that they were having difficulty with what had been said by Mannion to Dibdin regarding a rape during their conversation before the respondent's departure for Vancouver. The trial judge recharged the jury but added little, if anything, to what he had said earlier. He reread to the jury the relevant evidence of Miss Dibdin, but again he did not instruct them on the law applicable to the use of prior inconsistent statements by a witness. The Court of Appeal considered this to be error, noting it was connected with a point which the jury considered to be of vital concern. They were of the view that the error was not one which could be remedied by the application of the proviso under s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, and allowed the appeal and directed a new trial: (1984), 11 C.C.C. (3d) 503, 9 D.L.R. (4th) 621, 53 A.R. 81.

It has long been well settled in the criminal law of Canada that the prior inconsistent statement of a witness, when put to the witness in cross-examination, may be used by the jury in assessing

sujet d'un viol. On peut souligner à ce stade-ci que le ministère public a présenté le témoignage de Peters selon lequel il n'avait pas mentionné le terme «viol» à l'intimé avant son arrestation. Il semble évident qu'en présentant ce témoignage en contre-interrogatoire le ministère public cherchait à établir que, avant que la police ne lui ait dit qu'il y avait une enquête relative à une accusation de viol, l'intimé savait ce qui se préparait et est parti pour Vancouver.

Dans son exposé au jury, le juge du procès a mentionné les déclarations contradictoires que l'intimé a faites au cours des procédures antérieures. Il n'a pas mentionné expressément le témoignage donné par M^lle^ Dibdin au cours des procédures antérieures. Nulle part dans son exposé, il n'a dit au jury qu'il pouvait utiliser les déclarations antérieures contradictoires d'un témoin dans le but seulement de vérifier la crédibilité du témoin, à moins que ce dernier n'ait adopté ces déclarations antérieures.

Au cours de ses délibérations, le jury est revenu pour poser une question au juge du procès. Il était évident qu'il éprouvait des difficultés à l'égard de ce que Mannion avait dit à Dibdin concernant un viol au cours de la conversation qu'ils avaient eue avant le départ de l'intimé pour Vancouver. Le juge du procès a fait un nouvel exposé au jury mais n'a pas ajouté grand-chose, voire rien du tout, à ce qu'il avait déjà dit. Il a lu de nouveau au jury le témoignage pertinent de M^lle^ Dibdin mais, encore une fois, il n'a pas donné de directives au sujet de la règle applicable à l'utilisation des déclarations antérieures incompatibles d'un témoin. La Cour d'appel a considéré qu'il s'agissait là d'une erreur, soulignant que cela se rapportait à un point que le jury considérait comme étant d'une importance cruciale. La Cour d'appel a été d'avis que cette erreur ne pouvait être réparée par l'application de la réserve du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, et a accueilli l'appel et ordonné un nouveau procès: (1984), 11 C.C.C. (3d) 503, 9 D.L.R. (4th) 621, 53 A.R. 81.

Il est depuis longtemps établi en droit criminel canadien que la déclaration antérieure incompatible d'un témoin, lorsqu'elle est présentée au témoin en contre-interrogatoire, peut être utilisée par le

the credibility of the witness but may not be used as evidence of the truth of the inconsistent statement. That is to say, the fact that the witness has made different statements on the same subject on an earlier occasion may afford evidence that the witness is unreliable but it does not afford affirmative evidence which can be weighed against the accused at his trial. Failure to warn a jury that such an inconsistent statement may be used only on the issue of the credibility of the witness, unless the witness has adopted the earlier statement as true, has been held to be reversible error: see *Deacon v. The King*, [1947] S.C.R. 531 and *McInroy v. The Queen*, [1979] 1 S.C.R. 588. The appellant seeks a review of this rule which would make admissible as evidence of their contents such past contradictory statements by non-party witnesses where it is shown that they had been made under oath and subject to cross-examination. Because of the view that I take of the application of s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, it is unnecessary to deal with this issue.

jury pour évaluer la crédibilité du témoin, mais ne peut être utilisée à titre d'élément de preuve pour établir la véracité de la déclaration incompatible. Autrement dit, le fait que le témoin a déjà fait des déclarations divergentes sur le même sujet peut constituer un élément de preuve que le témoin n'est pas fiable, mais cela ne constitue pas une preuve affirmative qui peut être retenue contre l'accusé à son procès. On a jugé que l'omission d'avertir le jury qu'une telle déclaration incompatible ne peut être utilisée qu'à l'égard de la question de la crédibilité du témoin, à moins que le témoin n'ait accepté la déclaration antérieure comme vraie, constitue une erreur donnant lieu à cassation: voir *Deacon v. The King*, [1947] R.C.S. 531 et *McInroy c. La Reine*, [1979] 1 R.C.S. 588. L'appelante demande la révision de cette règle, qui rendrait admissible comme preuve de leur contenu, ces déclarations antérieures contradictoires de témoins non parties au litige lorsqu'il est démontré qu'elles ont été faites sous serment et ont fait l'objet d'un contre-interrogatoire. Étant donné le point de vue que j'adopte à l'égard de l'application de l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, il n'est pas nécessaire de traiter de cette question.

The respondent, who was also shown to have made inconsistent statements, was of course in a different position. Being an accused, that is, a party litigant, his prior inconsistent statements could be received and used by the jury as evidence concerning the issue of guilt or innocence. The prior statements could be admissible against an accused as past admissions or declarations: see Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (2nd ed. 1983), pp. 306-309, *Cross on Evidence* (5th ed. 1979), pp. 518-20, *Phipson on Evidence* (13th ed. 1982), p. 370, and see as well *Boulet v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 332. As the law stood when the judgment of the Court of Appeal was given, no error would have occurred in omitting a warning in respect of Mannion's prior inconsistent statements, such as was required for the evidence of Miss Dibdin.

L'intimé, qui, comme on l'a démontré, a également fait des déclarations incompatibles, était évidemment dans une situation différente. Étant un accusé, c'est-à-dire une partie au litige, ses déclarations antérieures incompatibles pouvaient être admises et utilisées par le jury comme éléments de preuve concernant la question de la culpabilité ou de l'innocence. Les déclarations précédentes pouvaient être admises contre un accusé à titre d'aveux ou de déclarations antérieurs: voir Schiff, *Evidence in the Litigation Process* (2nd ed. 1983), pp. 306 à 309, *Cross on Evidence* (5th ed. 1979), pp. 518 à 520, *Phipson on Evidence* (13th ed. 1982), p. 370, et voir également *Boulet c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 332. Selon l'état du droit en vigueur au moment où l'arrêt de la Cour d'appel a été rendu, aucune erreur ne pouvait résulter de l'omission de donner un avertissement en ce qui a trait aux déclarations antérieures incompatibles de Mannion, lequel avertissement était exigé pour le témoignage de M^lle^ Dibdin.

This case was decided before it was held by this Court in *Dubois v. The Queen*, *supra*, that a second trial of an accused on the same indictment is another proceeding within the meaning of s. 13 of the *Charter*. The *Dubois* case originated in Alberta and the appeal to this Court was from the judgment of the Alberta Court of Appeal (1984), 11 C.C.C. (3d) 453. Kerans J.A., writing for the court, held that a second trial on the same indictment was not another proceeding under s. 13 of the *Charter*. The Court of Appeal in the case at bar followed its earlier judgment and found no error in permitting the introduction of the prior inconsistent statements by the accused. In this, they were not only following their judgment in the *Dubois* case, they were also following well-established law to the effect that the statements of an accused made before trial are receivable in evidence. In my view, they made no error as the law then stood. The Court of Appeal decision regarding s. 13 must now be reconsidered, however, in the light of this Court's decision in *Dubois*.

Cette affaire a été tranchée avant que cette Cour ne conclue, dans l'arrêt *Dubois c. La Reine*, précité, qu'un second procès de l'accusé relativement au même acte d'accusation constitue une autre procédure au sens de l'art. 13 de la *Charte*. L'affaire *Dubois* a pris naissance en Alberta et le pourvoi devant cette Cour a été formé contre l'arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1984), 11 C.C.C. (3d) 453. Le juge Kerans, qui a rédigé l'arrêt de la Cour d'appel, a conclu qu'un second procès relativement au même acte d'accusation ne constituait pas une autre procédure au sens de l'art. 13 de la *Charte*. La Cour d'appel, en l'espèce, a suivi son arrêt antérieur et a conclu qu'on n'avait commis aucune erreur en permettant la présentation des déclarations antérieures incompatibles de l'accusé. Ainsi, non seulement suivait-elle son arrêt dans l'affaire *Dubois*, mais elle appliquait également la règle bien établie selon laquelle les déclarations d'un accusé faites avant le procès sont admissibles en preuve. À mon avis, elle n'a commis aucune erreur compte tenu de l'état du droit en vigueur à l'époque. Toutefois, la décision de la Cour d'appel concernant l'art. 13 doit maintenant être examinée de nouveau, en fonction de l'arrêt *Dubois* de cette Cour.

The relevant issues are set out in two constitutional questions framed by the Chief Justice on April 4, 1985.

1. Whether the cross-examination of an accused at a new trial on testimony given at a previous trial on the same charge infringes or denies the right guaranteed in s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

2. If so, is such cross-examination justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, therefore, not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Les questions pertinentes sont énoncées dans deux questions constitutionnelles formulées par le Juge en chef le 4 avril 1985.

1. Y a-t-il violation ou négation d'un droit garanti par l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsqu'on contre-interroge un accusé au cours d'un nouveau procès sur un témoignage donné à un procès antérieur visant la même accusation?

2. Dans l'affirmative, ce contre-interrogatoire est-il justifié en fonction de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Section 13 of the *Charter* provides:

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.

L'article 13 de la *Charte* prévoit:

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.

As I have said, the *Dubois* case has established that a second trial on the same indictment is another proceeding. Mannion was a witness who

Comme je l'ai dit, l'arrêt *Dubois* a établi qu'un second procès portant sur le même acte d'accusation constitue une autre procédure. Mannion était

testified at the earlier proceeding. His testimony in that earlier proceeding, while not introduced by the Crown in its case in chief, was brought in on cross-examination. In my view, it was used to incriminate him. The Crown adduced evidence at both trials that, prior to the arrest of the respondent at Hinton on his way to Vancouver, no police officer had communicated to him that they were investigating his involvement in a rape. Mannion had mentioned that he knew a rape was involved in his earlier trial and this fact was put to him in cross-examination in the second. The Crown argued in each trial that Mannion knew that a rape was involved before the police told him and that his precipitate flight from Edmonton when he became aware that the police wanted to see him displayed a consciousness of guilt. It is clear then that the purpose of the cross-examination, which revealed the inconsistent statements, was to incriminate the respondent. This evidence was relied upon by the Crown to establish the guilt of the accused. It is therefore my view that s. 13 of the *Charter* clearly applies to exclude the incriminating use of the evidence of these contradictory statements. Though admission of this evidence and its use to incriminate the accused was clearly in accordance with the law as it stood before this Court's decision in *Dubois*, it now results in reversible error. It is error of such nature that in my view it may not be cured by the application of the proviso in s. 613(1)(*b*)(iii) of the *Criminal Code*.

It is of interest to note that if the respondent at his first trial had objected to answering the questions introduced by the Crown at his second trial, and if they were such as to invoke the protection of s. 5(2) of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, that section would have protected him against the use or admission of his answers in subsequent proceedings. This would result in a wider protection than that which is accorded s. 13 of the *Charter* in the Crown's argument. Section 5(2) provides:

un témoin qui avait déposé au cours du procès antérieur. Son témoignage à ce procès antérieur, bien qu'il n'ait pas été produit par le ministère public dans sa preuve principale, a été introduit lors du contre-interrogatoire. À mon avis, on l'a utilisé pour l'incriminer. Le ministère public a présenté des éléments de preuve au cours des deux procès selon lesquels, avant l'arrestation de l'intimé à Hinton alors qu'il était en route pour Vancouver, aucun agent de police ne lui avait fait part qu'il menait une enquête sur son implication dans un viol. Mannion avait mentionné lors de son premier procès qu'il savait qu'il était question d'un viol et ce fait lui a été présenté en contre-interrogatoire lors du second procès. Le ministère public a soutenu dans chaque procès que Mannion savait qu'il était question d'un viol avant que la police ne le lui ait dit et que son départ précipité d'Edmonton lorsqu'il a appris que la police voulait le voir révélait un sentiment de culpabilité. Il est alors évident que le but du contre-interrogatoire, qui a révélé les déclarations incompatibles, était d'incriminer l'intimé. Le ministère public s'est fondé sur ce témoignage pour établir la culpabilité de l'accusé. Par conséquent, je suis d'avis que l'art. 13 de la *Charte* s'applique clairement de manière à exclure l'usage incriminant de la preuve de ces déclarations contradictoires. Bien que l'admission de ce témoignage et son utilisation pour incriminer l'accusé aient été clairement conformes au droit en vigueur avant l'arrêt *Dubois* de cette Cour, elles entraînent maintenant une erreur donnant lieu à cassation. Il s'agit d'une erreur à laquelle, à mon avis, il est impossible de remédier par l'application de la réserve du sous-al. 613(1)*b*)(iii) du *Code criminel*.

Il est intéressant de souligner que si, à son premier procès, l'intimé avait refusé de répondre aux questions que le ministère public a présentées à son second procès, et que si elles permettaient d'invoquer la protection du par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, cette disposition l'aurait protégé contre l'utilisation ou l'admission de ses réponses dans des procédures subséquentes. Il en résulterait une protection plus grande que celle accordée par l'art. 13 de la *Charte* selon l'argument du ministère public. Le paragraphe 5(2) prévoit:

5. ...

(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.

(Emphasis added.)

For cases interpreting this section see *R. v. Wilmot* (1940), 74 C.C.C. 1 (Alta. C.A.), where it was held that an accused person may not be cross-examined or examined-in-chief upon evidence given at a previous hearing where he had invoked the protection of s. 5 of the *Canada Evidence Act*, and as well *R. v. Coté* (1979), 50 C.C.C. (2d) 564 (Que. C.A.), which is to the same effect. In my view, the *Charter* should not be construed as a limiting factor upon rights which existed prior to its adoption.

I now turn to a consideration of the effect of s. 1 of the *Charter*. The Crown has argued that the cross-examination of the respondent can be justified under s. 1, which is set out hereunder:

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.

It is now well settled in the authorities that to succeed the Crown must show "a reasonable limit imposed by law that can be demonstrably justified in a free and democratic society". It has been argued that ss. 9, 10 and 11 of the *Canada Evidence Act* provide such a reasonable limit on the respondent's s. 13 rights. In my view, the argument fails. Section 9 allows cross-examination of one's own witnesses and is not applicable here. Sections

5. ...

(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.

(C'est moi qui souligne.)

Pour des affaires où l'on interprète cette disposition, voir *R. v. Wilmot* (1940), 74 C.C.C. 1 (C.A. Alb.), où on a jugé qu'un accusé ne peut pas subir un contre-interrogatoire ou un interrogatoire principal à l'égard du témoignage donné dans une instance antérieure où il a invoqué la protection de l'art. 5 de la *Loi sur la preuve au Canada*, et également dans le même sens, *Procureur général du Québec c. Côté*, [1979] C.A. 118. À mon avis, la *Charte* ne devrait pas être interprétée comme un facteur limitant les droits qui existaient avant son adoption.

J'examine maintenant l'effet de l'article premier de la *Charte*. Le ministère public a soutenu que le contre-interrogatoire de l'intimé peut être justifié en vertu de l'article premier, dont voici le texte:

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.

Il est maintenant bien établi dans la doctrine et dans la jurisprudence que pour réussir, le ministère public doit démontrer l'existence de «limites qui soient raisonnables et dont la justification puisse se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique». On a soutenu que les art. 9, 10 et 11 de la *Loi sur la preuve au Canada* imposent une telle limite raisonnable sur les droits que l'art. 13 confère à l'intimé. À mon avis, l'argument

10 and 11 are procedural sections relating to cross-examination as to previous inconsistent statements and themselves give no right to cross-examine (*R. v. Antoine* (1949), 94 C.C.C. 106 (B.C.C.A.))

No limit prescribed by law has been shown here. It could be argued that the right to cross-examine those adverse in interest, which holds particular danger for an accused giving evidence at his trial because his past statements may be receivable against him on the issue of his guilt or innocence, would suffice to create such a limitation. If this common law right were relied upon, that is, the right of cross-examination, it would nullify completely the effect of s. 13, for in this case protection from cross-examination on these statements is all that the respondent seeks. This, even if it could be said to be prescribed by law, would not constitute a reasonable limit. It would deprive the respondent of any protection and deny s. 13 any effect in this case, and enlarge the right of cross-examination beyond that which would have been permitted had s. 5(2) of the *Canada Evidence Act* been applicable. This would not meet the proportionality test established in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Because it is my view that the effect of s. 13 of the *Charter* is to make a fundamental change in the pre-existing law, I would dismiss the Crown's appeal and confirm the order for a new trial. I would answer the questions as follows:

1. Whether the cross-examination of an accused at a new trial on testimony given at a previous trial on the same charge infringes or denies the right guaranteed in s. 13 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?

Yes.

2. If so, is such cross-examination justified on the basis of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights*

échoue. L'article 9 permet le contre-interrogatoire de ses propres témoins et ne s'applique pas en l'espèce. Les articles 10 et 11 sont des articles de procédure qui concernent le contre-interrogatoire au sujet de déclarations incompatibles antérieures et ne donnent pas eux-mêmes le droit de contre-interroger (*R. v. Antoine* (1949), 94 C.C.C 106 (C.A.C.-B.))

En l'espèce, on n'a démontré l'existence d'aucune limite prescrite par une règle de droit. On pourrait soutenir que le droit de contre-interroger ceux qui ont un intérêt opposé, qui comporte un danger particulier pour l'accusé qui témoigne à son procès parce que ses déclarations antérieures peuvent être admises contre lui quant à la question de sa culpabilité ou de son innocence, serait suffisant pour créer une telle restriction. Si l'on se fondait sur ce droit de *common law*, c'est-à-dire le droit de contre-interroger, l'effet de l'art. 13 serait complètement annulé, car en l'espèce tout ce que l'intimé cherche à obtenir c'est la protection contre le contre-interrogatoire portant sur ces déclarations. Même si l'on peut dire que le droit de contre-interroger est fondé sur une règle de droit, il ne constituerait pas une limite raisonnable. L'intimé serait ainsi privé de toute protection et l'art. 13 n'aurait plus d'effet en l'espèce, et le droit de contre-interroger serait plus large que ce qui aurait été permis si le par. 5(2) de la *Loi sur la preuve au Canada* avait été applicable. Cela ne satisfait pas au critère de la proportionnalité établi dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Parce que j'estime que l'art. 13 de la *Charte* a pour effet d'apporter une modification fondamentale au droit préexistant, je suis d'avis de rejeter le pourvoi du ministère public et de confirmer l'ordonnance de nouveau procès. Je suis d'avis de répondre aux questions de la manière suivante:

1. Y a-t-il violation ou négation d'un droit garanti par l'art. 13 de la *Charte canadienne des droits et libertés* lorsqu'on contre-interroge un accusé au cours d'un nouveau procès sur un témoignage donné à un procès antérieur visant la même accusation?

Oui.

2. Dans l'affirmative, ce contre-interrogatoire est-il justifié en fonction de l'article premier de la

and Freedoms and, therefore, not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

No.

Appeal dismissed.

Solicitor for the appellant: Jack Watson, Edmonton.

Solicitors for the respondent: Pringle, Brimacombe & Sanderman, Edmonton.

Solicitor for the intervener: Roger Tassé, Ottawa.

Charte canadienne des droits et libertés et, par conséquent, compatible avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Non.

Pourvoi rejeté.

Procureur de l'appelante: Jack Watson, Edmonton.

Procureurs de l'intimé: Pringle, Brimacombe & Sanderman, Edmonton.

Procureur de l'intervenant: Roger Tassé, Ottawa.

Thomas Larry Jones *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General for Ontario and the Attorney General of Nova Scotia *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* JONES

File No.: 18962.

1985: November 19; 1986: October 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Schools — Right of parents to educate their children — Children not sent to public schools on religious grounds — Home instruction — Whether provincial compulsory education legislation contravenes appellant's freedom of religion — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a) — School Act, R.S.A. 1980, c. S-3, ss. 142(1), 143(1).

Constitutional law — Charter of Rights — Liberty of the person — Schools — Right of parents to educate their children — Proof of efficient instruction at home limited to a certificate from the school authorities — Whether appellant has been deprived of the liberty to educate its children contrary to the principles of fundamental justice — Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 — School Act, R.S.A. 1980, c. S-3, ss. 142(1), 143(1), 180(1).

Appellant, the pastor of a fundamentalist church, educated his three children and others in a schooling program operating in the church basement. He refused to send his children to public school as required by s. 142(1) of the Alberta *School Act*. He also refused to seek an exemption under s. 143(1)(a) and (e), excusing a pupil from attending a school over which a board has control if (1) a Department of Education inspector or a Superintendent of Schools certifies that he is receiving efficient instruction at home or elsewhere, or (2) he is attending a private school approved by the Department of Education. As a consequence, he was charged with three counts of truancy under s. 180(1) of the *School Act*. In Provincial Court, appellant invoked ss. 2(*a*) and

Thomas Larry Jones *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

et

Le procureur général de l'Ontario et le procureur général de la Nouvelle-Écosse *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* JONES

N° du greffe: 18962.

1985: 19 novembre; 1986: 9 octobre.

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

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Écoles — Droit des parents d'éduquer leurs enfants — Enfants ne fréquentant pas les écoles publiques pour des motifs religieux — Enseignement à la maison — La législation provinciale sur l'éducation obligatoire contrevient-elle à la liberté de religion de l'appelant? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a) — School Act, R.S.A. 1980, chap. S-3, art. 142(1), 143(1).

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de la personne — Écoles — Droit des parents d'éduquer leurs enfants — Preuve d'un enseignement approprié à la maison limitée au certificat délivré par les autorités scolaires — L'appelant a-t-il été privé de sa liberté d'éduquer ses enfants contrairement aux principes de justice fondamentale? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 — School Act, R.S.A. 1980, chap. S-3, art. 142(1), 143(1), 180(1).

L'appelant, pasteur d'une église fondamentaliste, éduque ses trois enfants ainsi que d'autres dans le cadre d'un programme scolaire donné dans le sous-sol de l'église. Il refuse d'envoyer ses enfants à l'école publique, comme l'exige le par. 142(1) de la *School Act* de l'Alberta. Il refuse aussi de demander une exemption en vertu des al. 143(1)a) et e), qui exemptent un élève de la fréquentation d'une école contrôlée par le conseil scolaire si (1) un inspecteur du ministère de l'Éducation ou un surintendant des écoles certifie par écrit qu'il reçoit un enseignement approprié à la maison ou ailleurs ou (2) s'il fréquente une école privée approuvée par le ministère de l'Éducation. Par conséquent, il a été inculpé en vertu de trois chefs d'accusation pour la non-

7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and maintained that the requirement in s. 142(1) of the Act, or even the requirement that he apply for an exemption pursuant to s. 143(1), contravened his religious beliefs that God, rather than the Government, had the final authority over the education of his children, and deprived him of his liberty to educate his children as he pleased contrary to the principles of fundamental justice. The trial judge concluded that s. 2(*a*) of the *Charter* did not apply, but upheld the defence based on s. 7. He held that since proof of efficient instruction was solely by means of a certificate issued by the school authorities, this would prevent the appellant from making a full answer and defence by bringing all evidence relevant to the issue before the court. The Court of Appeal reversed the judgment and entered convictions against the appellant on all three counts.

Held (Wilson J. dissenting): The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Lamer and La Forest JJ.: Although the effect of the *School Act* constitutes some interference with appellant's freedom of religion, the impugned provisions of the Act do not offend s. 2(*a*) of the *Charter*. The Act, which was enacted to regulate the education of young people in the Alberta schools, does not give the government absolute control over the education of children. A child is not forced, under the Act, to attend a school over which a board has control. Section 143(1) provides alternatives and allows for instruction at home or elsewhere, so long as that instruction is certified to be efficient. Appellant also had the right, under this section, to seek the registration of his academy as a private school. Considering the compelling interest of the province in the "efficient instruction" of the young, a requirement that a person who gives instruction at home or elsewhere have that instruction certified as being sufficient is demonstrably justified in a free and democratic society. Such a requirement constitutes a reasonable limit on a parent's religious convictions concerning the upbringing of his children. So is a subsidiary requirement that those wishing to give such instruction apply to the appropriate authorities for certification that the instruction given complies with provincial standards of efficiency.

fréquentation scolaire de ses enfants aux termes du par. 180(1) de la *School Act*. En Cour provinciale, l'appelant a invoqué l'al. 2*a*) et l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* pour faire valoir que l'obligation édictée au par. 142(1) de la Loi, de même que l'obligation de demander une exemption, conformément au par. 143(1), portait atteinte à ses croyances religieuses que Dieu, et non le gouvernement, détient l'autorité ultime sur l'éducation de ses enfants et le privait de sa liberté de les éduquer comme il l'entend, contrairement aux principes de justice fondamentale. Le juge de première instance a conclu que l'al. 2*a*) de la *Charte* ne s'appliquait pas, mais a fait droit au moyen de défense fondée sur l'art. 7. Il a jugé que la preuve d'un enseignement approprié ne pouvant se faire qu'au moyen du certificat délivré par les autorités scolaires, cela privait l'appelant d'une défense pleine et entière en lui interdisant de soumettre à la cour tous les éléments de preuve qui se rapportent à la question en litige. La Cour d'appel a infirmé le jugement et reconnu l'appelant coupable relativement aux trois chefs.

Arrêt (le juge Wilson est dissidente): Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Lamer et La Forest: Quoique la *School Act* porte jusqu'à un certain point atteinte à la liberté de religion de l'appelant, les dispositions en cause de la Loi n'enfreignent pas l'al. 2*a*) de la *Charte*. La Loi, adoptée dans le but de réglementer l'enseignement donné aux jeunes dans les écoles albertaines, ne confère pas un contrôle absolu au gouvernement sur l'éducation des enfants. Un enfant n'est pas forcé, en vertu de la Loi, de fréquenter une école contrôlée par un conseil. Le paragraphe 143(1) prévoit d'autres possibilités et autorise l'enseignement à la maison ou ailleurs, dans la mesure où il est attesté que cet enseignement est approprié. L'appelant jouit aussi du droit, en vertu de cet article, de demander l'accréditation de son institution à titre d'école privée. Considérant que la province a un intérêt impérieux à ce que les jeunes reçoivent un «enseignement approprié», l'obligation pour la personne qui donne des cours à la maison ou ailleurs de faire attester le caractère approprié de son enseignement est justifiable dans une société libre et démocratique. Cette obligation constitue une limite raisonnable aux convictions religieuses des parents en ce qui a trait à la manière d'élever leurs enfants. Il en est de même de l'obligation subsidiaire qu'ont ceux qui souhaitent donner un tel enseignement d'adresser aux autorités compétentes une demande d'attestation que cet enseignement est conforme aux normes provinciales en la matière.

Even assuming that liberty used in s. 7 of the *Charter* does include the right of parents to educate their children as they see fit, the impugned provisions of the *School Act* do not deprive them of that right in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice guaranteed by that section. The Act created a system which ensures compliance with the requirements that the province considers necessary to advance its interest in the quality of education. It did so by providing for certain standards in the Act and the regulations, and by delegating to the school authorities the power to particularize the requirements within the general confines of the Act. Although the school authorities have a vested interest in the system, it seems normal enough to refer a question of efficient instruction within the Act to a school inspector or a superintendent of schools who is knowledgeable of the requirements and workings of the educational system under the Act. This type of administrative structure is not in itself so manifestly unfair as to violate the principles of fundamental justice. The certifying process engaged in by the school authorities does not demand the safeguards surrounding a judicial decision. It is sufficient to protect the individual when they come to deal with his application. The court would no doubt intervene if, in exercising their functions, the school authorities sought to impose arbitrary standards or if they, in other respects, acted in a manner that was fundamentally unfair. Such would be the case with the imposition of standards extraneous to educational policy under the Act or with a failure to examine the facts or to fairly consider the appellant's representations.

Per Beetz, McIntyre and Le Dain JJ.: Section 143(1)(a) of the *School Act* does not infringe freedom of religion. The effect of the section is to foster religious freedom rather than to curtail it. On the s. 7 issue, there was general agreement with the reasons of La Forest J. and with his disposition of the issue.

Per Lamer J.: The conclusion that s. 180(1) of the *School Act* does not offend s. 7 of the *Charter* in the present case should not be taken as having inferentially decided in favour of the constitutional validity of s. 180(1) in all cases. This section purports to convict and penalize a parent whose child contravenes the Act without any reference to the mental element required of the parent for conviction or to the availability of any defence of due diligence that could be invoked by such a parent. Depending upon the qualifications given to the section — for example, whether it is one of strict or of absolute liability — the restriction to liberty through the imposition of imprisonment for non-payment of a fine

Même si l'on présume que la liberté, aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, comprend le droit des parents d'éduquer leurs enfants comme ils l'entendent, les dispositions contestées de la *School Act* ne les privent pas de ce droit d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale garantis par cet article. La Loi met en place un système visant à assurer que l'on respecte des exigences que la province estime nécessaires pour promouvoir son intérêt en matière d'éducation de qualité. Elle le fait en prescrivant certaines normes dans la Loi et les règlements, et en déléguant aux autorités scolaires le pouvoir de préciser ces exigences dans le cadre général de la Loi. Quoique les autorités scolaires soient directement intéressées dans le système, il semble suffisamment normal de renvoyer la question de l'enseignement approprié au sens de la Loi devant un inspecteur ou un surintendant des écoles qui connaît les exigences et les mécanismes du système d'éducation que prévoit la Loi. Ce genre de structure administrative n'est pas en lui-même injuste au point de violer les principes de justice fondamentale. La procédure d'accréditation qu'appliquent les autorités scolaires n'exige pas les garanties qui entourent une décision judiciaire. Il suffit de protéger l'individu lorsqu'elles doivent examiner sa demande. Il ne fait pas de doute que le tribunal interviendrait si, dans l'exercice de ses fonctions, l'administration scolaire cherchait à imposer des normes arbitraires ou si, à quelque autre égard, elle agissait de manière fondamentalement injuste. Tel serait le cas si on imposait des normes étrangères à la politique en matière d'éducation que prévoit la Loi ou si on omettait d'examiner les faits ou de prendre en considération équitablement les arguments de l'appelant.

Les juges Beetz, McIntyre et Le Dain: Le paragraphe 143(1)a) de la *School Act* ne viole pas la liberté de religion. Il a pour effet de favoriser la liberté de religion plutôt que de la restreindre. Sur la question de l'art. 7, les motifs du juge La Forest et sa façon de trancher la question reçoivent un accord général.

Le juge Lamer: On ne devrait pas déduire de la conclusion que le par. 180(1) de la *School Act* n'enfreint pas en l'espèce l'art. 7 de la *Charte* une décision tacitement favorable à la constitutionnalité de ce paragraphe dans tous les cas. Le paragraphe prétend sanctionner et pénaliser les parents dont l'enfant a enfreint la Loi, sans aucune référence à l'élément moral nécessaire pour établir la culpabilité des parents ni à l'existence d'une défense qui autoriserait les parents à faire valoir qu'ils ont fait diligence. Selon la façon dont on qualifie la responsabilité imposée par le paragraphe—par exemple de responsabilité stricte ou de responsabilité absolue—l'entrave à la liberté que comporte une peine de prison,

raises important issues which need not be decided in this case.

Per Wilson J. (dissenting): Neither the compulsory attendance provisions of the *School Act*, taken as a whole, nor the School Board requirement that a parent, whose children do not attend public school, must apply for an exemption, offend appellant's freedom of conscience and religion. The Act is a flexible piece of legislation which seeks only to ensure that all children in public or private schools, at home or elsewhere, receive an adequate education. It does not forbid the existence of schools which have a religious orientation. On the contrary, it accommodates it.

The appellant has failed to show any substantial impact of the legislation on his belief that God and not the State is the true source of authority over the education of his children. While the Act makes no express reference to divine authority, it defers to parental authority by allowing home instruction and instruction in private schools, thereby accommodating the State purpose to the preferences of individual parents. It defers to beliefs such as the appellant's and recognizes the very values for which he contends. If the statutory machinery for obtaining exemption for his children from mandatory school attendance has any impact at all on the appellant's freedom of conscience and religion, such an impact is extremely formalistic and technical and does not give rise to a violation of s. 2(*a*) of the *Charter*. Legislative or administrative action whose effect on religion is trivial or insubstantial is not a breach of freedom of religion.

The right to "liberty" in s. 7 includes a parent's right to bring up and educate his children in accordance with his conscientious beliefs. Section 143(1) of the Act, which limits the proof of efficient instruction to a certificate from an education official, violates appellant's right to liberty under s. 7 of the *Charter* in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice. Without the certificate, a parent has no legal right to educate his children. He is also exposed to a charge of truancy under s. 180(1) of the Act which could result in loss of physical liberty for non-payment of fines. This would be an obvious deprivation of his liberty. Since proof of efficient instruction is restricted by the legislation to the production of the certificate, the appellant, on a charge under s. 180(1), is prevented from introducing evidence relevant to the issue before the court. He is deprived of the right to make full

infligée pour non-paiement d'une amende, soulève des questions importantes qui, cependant, n'ont pas à être tranchées en l'espèce.

Le juge Wilson (dissidente): Ni les dispositions de la *School Act*, dans son ensemble, sur la fréquentation scolaire obligatoire, ni l'obligation, envers le conseil scolaire, des parents dont les enfants ne fréquentent pas l'école publique, de demander une exemption, ne portent atteinte à la liberté de conscience et de religion de l'appelant. Cette loi constitue une législation souple qui n'a qu'un seul but, savoir que tous les enfants reçoivent un enseignement adéquat à l'école publique ou privée, à la maison ou ailleurs. Elle n'interdit pas les écoles qui ont une orientation religieuse. Au contraire, elle compose avec elles.

L'appelant n'est pas parvenu à démontrer que cette loi ait eu quelque effet important sur sa croyance que Dieu, et non pas l'État, est la source véritable de son autorité sur l'éducation de ses enfants. Si la Loi ne fait aucune référence expresse à l'autorité divine, elle reconnaît néanmoins l'autorité parentale quand elle autorise l'enseignement à la maison et dans des écoles privées, accommodant ainsi la fin recherchée par l'État aux préférences des divers parents. Elle se plie à des croyances comme celles de l'appelant et reconnaît les valeurs mêmes qu'il prétend soutenir. Si le mécanisme juridique d'obtention d'une exemption de la fréquentation obligatoire de l'école pour ses enfants a quelque effet sur la liberté de conscience et de religion de l'appelant, il n'en a que d'un point de vue formel, voire formaliste, et ne constitue pas une violation de l'al. 2*a*) de la *Charte*. L'action législative ou administrative dont l'effet sur la religion est négligeable, voire insignifiant, ne constitue pas un manquement à la liberté de religion.

Le droit à la «liberté», aux termes de l'art. 7, inclut pour les parents le droit d'élever et d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances. Le paragraphe 143(1) de la Loi, qui restreint la preuve d'un enseignement de qualité au certificat que délivre un fonctionnaire de l'éducation, viole le droit de l'appelant à la liberté, aux termes de l'art. 7 de la *Charte*, d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Sans le certificat, les parents perdent leur droit d'éduquer leurs enfants. Ils s'exposent également à une inculpation à titre de parents ne respectant pas la fréquentation scolaire aux termes de l'art. 180(1) de la Loi, ce qui pourrait avoir pour résultat la perte de leur liberté physique en cas de refus de paiements des amendes. Ce serait là une atteinte manifeste à la liberté. Comme la preuve d'un enseignement approprié est limitée par la Loi à la production du certificat, il

answer and defence. This is not in accordance with the principles of fundamental justice.

The violation of an individual's right under s. 7 by legislation which offends the principles of fundamental justice is neither reasonable nor justifiable in a free and democratic society. Even if it could be so justified under s. 1, the government has failed to do so. It has put forward no justification for the one exclusive means of establishing efficient instruction and it has proffered no argument as to why exclusivity is necessary to achieve the province's objective of insuring adequate instruction for its children. Therefore, pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, ss. 142, 143 and 180 of the Act are, to the extent of the inconsistencies with s. 7 of the *Charter*, of no force or effect.

Cases Cited

By La Forest J.

Referred to: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Sheridan Road Baptist Church v. Department of Education*, 348 N.W. 2d 263 (1984); *New Jersey State Board of Higher Education v. Board of Directors of Shelton College*, 448 A.2d 988 (1982); *Meyer v. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *State v. Shaver*, 294 N.W. 2d 883 (1980); *R. v. Weibe*, [1978] 3 W.W.R. 36; *R. ex rel Brooks v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1; *New Jersey-Philadelphia Presbytery of the Bible Presbyterian Church v. New Jersey State Board of Higher Education*, D.N.J., Civ. No. 79-3341, July 29, 1983, aff'd 3rd Cir., No. 83-5774, July 17, 1984.

By Wilson J. (dissenting)

R. v. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 S.C.R. 295; *Committee for Public Education and Religious Liberty v. Regan*, 444 U.S. 646 (1980); *Board of Education of Central School District No. 1 v. Allen*, 392 U.S. 236 (1968); *Wolman v. Walter*, 433 U.S. 229 (1977); *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947); *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971); *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976); *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961); *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, aff'g on other grounds [1983] 1 F.C. 745 (C.A.); *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *R. ex rel Brooks v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177;

est impossible pour l'appelant, accusé en vertu du par. 180(1), de produire des preuves pertinentes devant la cour. Il se voit privé du droit de présenter une défense pleine et entière, ce qui n'est pas conforme aux principes de justice fondamentale.

La violation d'un droit individuel que garantit l'art. 7 par une loi qui enfreint les principes de justice fondamentale ne peut être raisonnable ni justifiée dans une société libre et démocratique. Même si elle pouvait être justifiée en vertu de l'article premier, le gouvernement n'est pas parvenu à le démontrer. Il n'a rien fait valoir pour justifier l'exclusivité du mode de preuve d'un enseignement approprié et il n'a fait valoir aucun argument expliquant pourquoi ce mode exclusif est nécessaire pour atteindre l'objectif de la province: assurer qu'un enseignement adéquat est donné aux enfants. Par conséquent, conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, les art. 142, 143 et 180 de la Loi sont, dans la mesure où ils sont incompatibles avec l'art. 7 de la *Charte*, inopérants.

Jurisprudence

Citée par le juge La Forest

Arrêts mentionnés: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954); *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Sheridan Road Baptist Church v. Department of Education*, 348 N.W. 2d 263 (1984); *New Jersey State Board of Higher Education v. Board of Directors of Shelton College*, 448 A.2d 988 (1982); *Meyer v. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *State v. Shaver*, 294 N.W. 2d 883 (1980); *R. v. Weibe*, [1978] 3 W.W.R. 36; *R. ex rel Brooks v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1; *New Jersey-Philadelphia Presbytery of the Bible Presbyterian Church v. New Jersey State Board of Higher Education*, D.N.J., Civ. No. 79-3341, 29 juillet 1983, confirmé 3rd Cir., No. 83-5774, 17 juillet 1984.

Citée par le juge Wilson (dissidente)

R. c. Big M Drug Mart Ltd., [1985] 1 R.C.S. 295; *Committee for Public Education and Religious Liberty v. Regan*, 444 U.S. 646 (1980); *Board of Education of Central School District No. 1 v. Allen*, 392 U.S. 236 (1968); *Wolman v. Walter*, 433 U.S. 229 (1977); *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947); *Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971); *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976); *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961); *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, confirmant pour d'autres motifs [1983] 1 C.F. 745 (C.A.); *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *R. ex rel Brooks v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1

Re B.C. Motor Vehicle Act, [1985] 2 S.C.R. 486; *Horbas v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 359; *Parkdale Hotel Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1986], 2 F.C. 514; *Groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario v. Canadian Chicken Marketing Agency*, [1985] 1 F.C. 280; *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Meyer v. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944); *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*a*), 7, 24.
Constitution Act, 1867, s. 96.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Education Act, R.S.O. 1980, c. 129, s. 20(2)(*a*).
Education Act, R.S.Q. 1977, c. I-14, s. 257(2).
European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, 213 U.N.T.S. 222 (1950), s. 8(1), Protocol No. 1, s. 2.
School Act, R.S.A. 1980, c. S-3, ss. 142(1), 143(1)(a), (e), 180(1).
School Act, R.S.B.C. 1979, c. 375, s. 113(2)(a).
School Ordinance, R.O.N.W.T. 1974, c. S-3, s. 112(*a*).

Authors Cited

Garant, Patrice. "Fundamental Freedoms and Natural Justice (Section 7)". In *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*. Edited by Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin. Toronto: Carswells, 1982, pp. 257-290.
Mill, John Stuart. *On Liberty*. Edited by Elizabeth Rapaport. Indianapolis: Hackett Publishing Co., 1978.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1984), 33 Alta. L.R. (2d) 281, 57 A.R. 266, 13 C.C.C. (3d) 261, 11 C.R.R. 180, 10 D.L.R. (4th) 765, allowing the Crown's appeal by way of stated case from a judgment of the Provincial Court (1983), 29 Alta. L.R. (2d) 349, 49 A.R. 135, 10 C.C.C. (3d) 333, 8 C.R.R. 92, acquitting the accused on charges contrary to s. 180(1) of the Alberta *School Act*. Appeal dismissed (Wilson J. dissenting).

R.C.S. 177; *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486; *Horbas c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 359; *Parkdale Hotel Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1986] 2 C.F. 514; *Groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario c. Office canadien de commercialisation des poulets*, [1985] 1 C.F. 280; *Meyer v. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923); *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972); *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944); *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972); *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*a*), 7, 24.
Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 223 (1950), art. 8(1), Protocole nº 1, art. 2.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 96.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).
Loi sur l'éducation, L.R.O. 1980, chap. 129, art. 20(2)*a*).
Loi sur l'instruction publique, L.R.Q. 1977, chap. I-14, art. 257(2).
School Act, R.S.A. 1980, chap. S-3, art. 142(1), 143(1)a), e), 180(1).
School Act, R.S.B.C. 1979, chap. 375, art. 113(2)a).
School Ordinance, R.O.N.W.T. 1974, chap. S-3, art. 112*a*).

Doctrine citée

Garant, Patrice. «Libertés fondamentales et justice naturelle (article 7)». Dans *Charte canadienne des droits et libertés*. Édité par Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky. Montréal: Wilson & Lafleur/SOREJ, 1982, pp. 327 à 366.
Mill, John Stuart. *On Liberty*. Edited by Elizabeth Rapaport. Indianapolis: Hackett Publishing Co., 1978.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1984), 33 Alta. L.R. (2d) 281, 57 A.R. 266, 13 C.C.C. (3d) 261, 11 C.R.R. 180, 10 D.L.R. (4th) 765, qui a accueilli l'appel interjeté par la poursuite par voie d'exposé de cause contre le jugement de la Cour provinciale (1983), 29 Alta. L.R. (2d) 349, 49 A.R. 135, 10 C.C.C. (3d) 333, 8 C.R.R. 92, qui avait acquitté le prévenu des infractions prévues au par. 180(1) de la *School Act* de l'Alberta. Pourvoi rejeté (le juge Wilson est dissidente).

Philip E. Carr, for the appellant.

William Henkel, Q.C., for the respondent.

Lorraine E. Weinrib, for the intervener the Attorney General for Ontario.

Reinhold Endres and *Alison Scott*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

The reasons of Dickson C.J. and La Forest J. were delivered by

LA FOREST J.—This case raises, for the first time in this Court, the application to provincial compulsory education legislation of ss. 2(*a*) (the freedom of religion provision) and 7 (the right to liberty and security provision) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

The appellant accused, Thomas Larry Jones, was charged on March 8, 1983 with three counts of truancy on the part of his three children contrary to s. 180(1) of the Alberta *School Act*, R.S.A. 1980, c. S-3. Broadly, his defence is that the requirement that his children attend public school, or even the requirement that he apply for exemption from such attendance as provided by the Act, contravenes his religious beliefs and deprives him of his liberty to educate his children as he pleases contrary to the principles of fundamental justice. This, he says, infringes his rights under ss. 2 and 7 of the *Charter*.

Background

The accused educates his own and twenty or more other children in a schooling program called the "Western Baptist Academy" which operates in the basement of a fundamentalist church of which he is the pastor. He asserts a belief that his authority over his children and his duty to attend to their education comes from God, and that it would be sinful for him to request the state to permit him to do God's will. He, therefore, refused to send his children to public school as required by s. 142(1) of the *School Act*, which reads as follows:

142(1) Every child who has attained the age of 6 years at school opening date and who has not attained the age

Philip E. Carr, pour l'appelant.

William Henkel, c.r., pour l'intimée.

Lorraine E. Weinrib, pour l'intervenant le procureur général de l'Ontario.

Reinhold Endres et *Alison Scott*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Version française des motifs du juge en chef Dickson et du juge La Forest rendus par

LE JUGE LA FOREST—Le présent pourvoi soulève, pour la première fois devant cette Cour, la question de l'application de l'al. 2*a*) (la liberté de religion) et de l'art. 7 (le droit à la liberté et à la sécurité) de la *Charte canadienne des droits et libertés* à une mesure législative provinciale sur la fréquentation scolaire obligatoire.

L'appelant, Thomas Larry Jones, a été accusé le 8 mars 1983 en vertu de trois chefs d'accusation de non-fréquentation scolaire de la part de ses trois enfants, contrairement au par. 180(1) de la *School Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, chap. S-3. D'une manière générale, sa défense porte que l'obligation qu'ont ses enfants de fréquenter l'école publique, ou même celle qu'il a, selon la Loi, de demander une exemption à l'égard de cette fréquentation, porte atteinte à ses croyances religieuses et le prive de la liberté d'éduquer ses enfants comme il l'entend, contrairement aux principes de justice fondamentale. Cela, dit-il, porte atteinte aux droits que lui confèrent les art. 2 et 7 de la *Charte*.

Historique

L'accusé enseigne à ses propres enfants et à vingt autres enfants ou plus dans le cadre d'un programme scolaire appelé «Western Baptist Academy» qui est donné dans le sous-sol d'une église fondamentaliste dont il est le pasteur. Il affirme croire que l'autorité qu'il détient sur ses enfants et le devoir qu'il a de veiller à leur éducation viennent de Dieu, et qu'il commettrait un péché s'il demandait à l'État de lui permettre d'accomplir la volonté de Dieu. Par conséquent, il a refusé d'envoyer ses enfants à l'école publique comme l'exige le par. 142(1) de la *School Act*, ainsi conçu:

[TRADUCTION] **142**(1) Tout enfant qui a atteint l'âge de 6 ans à la date de la rentrée scolaire et qui n'a pas

of 16 years is a pupil for the purposes of this Act and unless excused for any of the reasons mentioned in section 143 shall attend a school over which a board has control.

Section 143 provides alternatives to attending a school over which a school board has control. The relevant parts of that section read as follows:

143(1) A pupil is excused from attendance at school if

(a) a Department of Education inspector or a Superintendent of Schools (whether appointed by a board or the Department of Education) certifies in writing that the pupil is under efficient instruction at home or elsewhere,

. . .

(e) he is attending a private school approved under the *Department of Education Act* . . .

The accused objects to availing himself of these alternatives. He refuses to apply for approval of his academy by the Department of Education as a private school as permitted by s. 143(1)(e) because, as noted, requesting the state for permission to do what he is authorized by God to do would, he asserts, violate his religious convictions.

Nor will he take steps to seek exemption under s. 143(1)(a) under which a pupil may be excused from attending a school over which a board has control if a certificate has been obtained under that provision that he is receiving efficient instruction at home or elsewhere. Section 143(1)(a) has given rise to what the trial judge has described as a standoff between "a stiff-necked parson and a stiff-necked education establishment, both demanding the other make the first move in the inquiry to determine whether the children are receiving efficient instruction outside the public or separate school system". The accused has no objection to the school authorities inspecting his academy and testing his pupils to ascertain their level of achievement, but he asserts that his religious convictions prevent him from making such a request of the school authorities. For their part, the Calgary Board of Education and the Department of Education decline to send inspectors to ascertain whether the children are under efficient instruction unless requested to do so, although they

atteint l'âge de 16 ans est un élève aux fins de la présente loi et, à moins d'être exempté pour l'une des raisons mentionnées à l'article 143, doit fréquenter une école contrôlée par un conseil.

L'article 143 prévoit d'autres choix que la fréquentation d'une école contrôlée par un conseil scolaire. Voici les parties pertinentes de cet article:

[TRADUCTION] **143**(1) Un élève est exempté de la fréquentation scolaire si

a) un inspecteur du ministère de l'Éducation ou un surintendant des écoles (nommé par un conseil ou par le ministère de l'Éducation) certifie par écrit que l'élève reçoit un enseignement approprié à la maison ou ailleurs,

. . .

e) il fréquente une école privée approuvée en vertu de la *Department of Education Act* . . .

L'accusé refuse de se prévaloir de ces autres possibilités. Il refuse de demander que son école soit approuvée par le ministère de l'Éducation à titre d'école privée comme le permet l'al. 143(1)e) parce que, comme je l'ai déjà mentionné, demander à l'État la permission de faire ce que Dieu l'autorise à faire, affirme-t-il, serait contraire à ses convictions religieuses.

Il se refuse également à prendre des mesures en vue d'obtenir l'exemption que prévoit l'al. 143(1)a) en vertu duquel un élève peut être exempté de fréquenter une école contrôlée par un conseil à la condition d'avoir obtenu, aux termes de cette disposition, un certificat attestant qu'il reçoit un enseignement approprié à la maison ou ailleurs. L'alinéa 143(1)a) a donné lieu à ce que le juge du procès a décrit comme une impasse entre [TRADUCTION] «un pasteur entêté et un établissement d'enseignement entêté qui demandent tous les deux que l'autre fasse le premier pas dans l'enquête visant à déterminer si les enfants reçoivent un enseignement approprié à l'extérieur du système d'écoles publiques ou séparées». L'accusé ne s'oppose pas à ce que l'administration scolaire inspecte son école et mette ses élèves à l'épreuve pour vérifier leur niveau de connaissances, mais il affirme que ses convictions religieuses l'empêchent de présenter une telle demande à l'administration scolaire. Pour leur part, le conseil d'éducation de Calgary et le ministère de l'Éducation refusent

have sent the school attendance officer without request.

This stalemate culminated in the accused being charged under s. 180(1) of the *School Act* for contravening s. 142, the relevant portion of which has already been reproduced. Section 180(1) reads as follows:

180(1) A parent whose child contravenes any of the provisions of this Act relating to school attendance is guilty of an offence and liable to a fine of not more than

(a) $100 for a first offence,

(b) $250 for a 2nd offence, and

(c) $500 for a 3rd and every subsequent offence,

and in default of payment to imprisonment for a term not exceeding 60 days.

The accused was originally tried and acquitted by Fitch Prov. Ct. J. on March 21, 1983, 25 Alta. L.R. (2d) 359, 43 A.R. 64, 10 C.C.C. (3d) 356, but on an appeal to the Court of Appeal of Alberta, that court, on October 3, 1983, referred the matter back to the trial judge for further argument following notice to the Attorneys General of Alberta and Canada pursuant to the *Judicature Act* of that province. Fitch Prov. Ct. J. then heard the matter in accordance with this direction and again acquitted the accused on all charges: (1983), 29 Alta. L.R. (2d) 349, 49 A.R. 135, 10 C.C.C. (3d) 333, 8 C.R.R. 92.

The principal defences of the accused at the rehearing, so far as relevant to this appeal, were as follows. First, the compulsory attendance provisions of the *School Act*, taken as a whole, offend the freedom of conscience and religion guaranteed to him by s. 2(*a*) of the *Charter*. Second, ss. 143(1)(a) and (e) of the *School Act*, in particular, offend those freedoms since application for approval of a private school or for certification of efficient instruction offend his religious convictions, as would refusal of such applications. Third, s. 143(1)(a), by limiting evidence of efficient

d'envoyer des inspecteurs pour vérifier si les enfants reçoivent un enseignement approprié à moins qu'on ne leur demande de le faire, bien qu'ils aient envoyé le contrôleur des absences sans qu'on le demande.

Cette impasse a atteint son point culminant quand le prévenu a été accusé, en vertu du par. 180(1) de la *School Act*, d'avoir enfreint l'art. 142 dont la partie pertinente a déjà été reproduite. Voici le texte de l'art. 180(1):

[TRADUCTION] **180**(1) Le parent dont l'enfant contrevient à l'une des dispositions de la présente loi relativement à la fréquentation scolaire est coupable d'une infraction et passible d'une amende d'au plus

a) 100 $ pour une première infraction,

b) 250 $ pour une deuxième infraction, et

c) 500 $ pour une troisième infraction et pour chaque infraction subséquente,

et, à défaut de paiement, d'une peine d'emprisonnement d'au plus 60 jours.

L'accusé a d'abord subi son procès devant le juge Fitch de la Cour provinciale et a été acquitté le 21 mars 1983, 25 Alta. L.R. (2d) 359, 43 A.R. 64, 10 C.C.C. (3d) 356. Toutefois, en appel, la Cour d'appel de l'Alberta a, le 3 octobre 1983, renvoyé l'affaire devant le juge du procès pour qu'elle soit débattue de manière plus approfondie suite à l'avis donné aux procureurs généraux de l'Alberta et du Canada conformément à la *Judicature Act* de cette province. Le juge Fitch a alors entendu l'affaire conformément à cette directive et a de nouveau acquitté l'accusé relativement à toutes les accusations: (1983), 29 Alta. L.R. (2d) 349, 49 A.R. 135, 10 C.C.C. (3d) 333, 8 C.R.R. 92.

Les principaux moyens de défense invoqués par l'accusé à la nouvelle audition, dans la mesure où ils sont utiles aux fins du présent pourvoi, sont les suivants. Premièrement, les dispositions de la *School Act* sur la fréquentation obligatoire, prises dans leur ensemble, contreviennent à la liberté de conscience et de religion que lui garantit l'al. 2*a*) de la *Charte*. Deuxièmement, les al. 143(1)a) et e) de la *School Act*, en particulier, portent atteinte à ces libertés étant donné que la demande d'approbation d'une école privée ou d'attestation d'enseignement approprié contrevient à ses convictions

instruction to a certificate there described, deprives him of his liberty contrary to the principles of fundamental justice guaranteed by s. 7 of the *Charter*; this evidentiary limitation, the accused maintains, prevents him from making a full answer and defence to the charge.

Fitch Prov. Ct. J. dismissed the two defences based on freedom of conscience and religion. In his view, ss. 142(1) and 143, when taken together, did not require compulsory attendance at schools under the control of a board, but merely mandated compulsory education. Such education was available at schools under the control of a board, but the Act also allowed a person to comply with this requirement by sending his children to an approved private school or by providing them with private tutoring certified as being efficient instruction. The accused did not object to education, the trial judge continued, but rather professed a duty to educate his own children. It followed, he held, that taken as a whole the impugned provisions did not offend the accused's s. 2 *Charter* rights.

So far as the accused's objection to seeking approval of his school or certification of his instruction, Fitch Prov. Ct. J. found that, "The accused has failed to establish a factual basis for his claim that the requirement of certification or approval offends his religious beliefs." However, he then proceeded on the assumption that he was wrong in so finding, and, after examining a number of relevant cases, he held that applying for certification or approval was peripheral to the exercise of religious freedom. He, therefore, concluded that the freedom of religion provisions of the *Charter* did not apply.

Fitch Prov. Ct. J., however, upheld the defence based on s. 7 of the *Charter*. Since proof of efficient instruction under s. 143(1)(a) was solely by means of a certificate issued by an employee of the school board or the Minister of Education or his designate, this would prevent the accused from

religieuses, tout comme le ferait le rejet de ces demandes. Troisièmement, en limitant la preuve de l'enseignement approprié au certificat qui y est décrit, l'al. 143(1)a) le prive de sa liberté contrairement aux principes de justice fondamentale que garantit l'art. 7 de la *Charte*; l'accusé soutient que cette restriction en matière de preuve l'empêche d'opposer une défense pleine et entière à l'accusation.

Le juge Fitch a rejeté les deux moyens fondés sur la liberté de conscience et de religion. À son avis, le par. 142(1) et l'art. 143, pris ensemble, prescrivent non pas la fréquentation obligatoire des écoles contrôlées par un conseil, mais simplement l'enseignement obligatoire. Un tel enseignement existe dans les écoles contrôlées par un conseil, mais la Loi permet également à une personne de satisfaire à cette exigence en envoyant ses enfants dans une école privée approuvée ou en leur donnant des leçons particulières certifiées comme enseignement approprié. Le juge du procès continue en disant que l'accusé ne s'est pas opposé à l'enseignement, mais a plutôt professé qu'il a le devoir d'éduquer ses propres enfants. Il s'ensuit, a-t-il conclu, que les dispositions contestées, prises dans leur ensemble, ne violent pas les droits que confère à l'accusé l'art. 2 de la *Charte*.

Quant au refus de l'accusé de demander l'approbation de son école ou l'attestation de son enseignement, le juge Fitch a conclu que [TRADUCTION] «L'accusé n'a pas établi les faits sur lesquels il fonde son affirmation que l'exigence d'attestation ou d'approbation contrevient à ses croyances religieuses». Toutefois, il a alors continué en présumant que cette conclusion était erronée et, après avoir examiné un certain nombre de décisions pertinentes, il a conclu qu'une demande d'attestation ou d'approbation était dans le champ de l'exercice de la liberté religieuse. Par conséquent, il a conclu que les dispositions de la *Charte* relatives à la liberté de religion ne s'appliquaient pas.

Toutefois, le juge Fitch a accepté le moyen de défense fondé sur l'art. 7 de la *Charte*. Étant donné que la preuve de l'enseignement approprié aux termes de l'al. 143(1)a) ne pouvait être faite qu'au moyen d'un certificat délivré par un employé du conseil scolaire ou par le ministre de l'Éduca-

making a full answer and defence by bringing all evidence relevant to the issue before the court. The provision was, therefore, of no force and effect because it contravened the principles of fundamental justice. He, therefore, acquitted the accused.

On appeal to the Court of Appeal of Alberta, that court reversed the judgment and entered convictions against the accused on all three counts: (1984), 33 Alta. L.R. (2d) 281, 57 A.R. 266, 13 C.C.C. (3d) 261, 11 C.R.R. 180, 10 D.L.R. (4th) 765. In the court's view, the respondent, not having been refused a certificate, was not an aggrieved person, but was attacking the prohibitions of the *School Act* in the abstract. Acceding to the views of Fitch Prov. Ct. J. on the matter of penalty, the Court of Appeal imposed a fine of $5 in respect of each count.

Leave to appeal to this Court was granted, [1984] 2 S.C.R. viii, and the following constitutional question was stated:

Whether ss. 142, 143 and 180 of the *School Act*, R.S.A. 1980, c. 3, are inconsistent with s. 2(*a*) or s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore of no force or effect to the extent of the inconsistencies pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*?

Interventions were made by the Attorneys General of Nova Scotia and Ontario.

The Freedom of Religion Argument

Section 2(*a*) of the *Charter* reads as follows:

2. Everyone has the following fundamental freedoms:

(*a*) freedom of conscience and religion;

The Alberta *School Act*, as the name implies, was enacted to regulate the education of young people in the schools of the province. That is a purely secular goal. It does not have a religious purpose. But I agree with the appellant that if its effect is to interfere with his religious activities or convictions, it raises an issue under s. 2(*a*) of the *Charter*. As Dickson J. (now C.J.) stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 at

tion ou son suppléant, cela avait pour effet d'empêcher l'accusé de présenter une défense pleine et entière en soumettant à la cour tous les éléments de preuve qui se rapportent à la question en litige. La disposition était donc alors inopérante parce qu'elle contrevenait aux principes de justice fondamentale. En conséquence, il a acquitté l'accusé.

La Cour d'appel de l'Alberta a infirmé le jugement et a déclaré l'accusé coupable relativement aux trois chefs d'accusations: (1984), 33 Alta. L.R. (2d) 281, 57 A.R. 266, 13 C.C.C. (3d) 261, 11 C.R.R. 180, 10 D.L.R. (4th) 765. De l'avis de la cour, l'intimé, qui ne s'était pas vu refuser un certificat, n'était pas une personne lésée, mais contestait dans l'abstrait les interdictions de la *School Act*. Donnant raison au juge Fitch sur la question de la peine, la Cour d'appel a infligé une amende de 5 $ à l'égard de chaque chef d'accusation.

L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordé, [1984] 2 R.C.S. viii, et la question constitutionnelle suivante a été posée:

Les articles 142, 143 et 180 de la *School Act*, R.S.A. 1980, chap. 3, sont-ils incompatibles avec l'al. 2*a*) ou l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, inopérants en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Les procureurs généraux de la Nouvelle-Écosse et de l'Ontario sont intervenus.

L'argument fondé sur la liberté de religion

Voici le texte de l'al. 2*a*) de la *Charte:*

2. Chacun a les libertés fondamentales suivantes:

a) liberté de conscience et de religion;

La *School Act* de l'Alberta, comme son nom le laisse entendre, a été adoptée pour réglementer l'enseignement aux jeunes dans les écoles de la province. Il s'agit là d'un but purement laïque. Elle n'a aucun objet religieux. Toutefois, je conviens avec l'appelant que si elle a pour effet de porter atteinte à ses activités ou à ses convictions religieuses, elle soulève alors une question en vertu de l'al. 2*a*) de la *Charte*. Comme l'a affirmé le juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295 à la

p. 331, "both purpose and effect are relevant in determining constitutionality".

I do not agree, however, with the appellant's contention that the *School Act* gives the government absolute control over the education of children. It does not purport to force children to attend a school over which a board has control. Section 143(1) allows for instruction at home or elsewhere, so long as that instruction is certified to be efficient, or to attend a private school approved by the department. In essence, as the trial judge observed, it does not provide for compulsory attendance at schools controlled by a board, but for compulsory education.

The appellant's real point, however, is that he rejects the requirement of registration of his academy as a private school or certification that he is giving efficient instruction at home or elsewhere because, he asserts, this involves his acknowledging that the government, rather than God, has the final authority over the education of his children. Such an acknowledgment, he claims, would be inconsistent with his religious convictions.

Assuming the sincerity of his convictions, I would agree that the effect of the *School Act* does constitute some interference with the appellant's freedom of religion. For a court is in no position to question the validity of a religious belief, notwithstanding that few share that belief. But a court is not precluded from examining into the sincerity of a religious belief when a person claims exemption from the operation of a valid law on that basis. Indeed it has a duty to do so. The trial judge went into the question in this case and concluded, we saw, that "The accused has failed to establish a factual basis for his claim that the requirement of certification or approval offends his religious beliefs." Counsel for the appellant, however, urges us to hold that the trial judge erred in this conclusion. It would require strong grounds to justify this Court in reversing the finding of a trial judge,

p. 331, «l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité».

Toutefois, je ne suis pas d'accord avec la prétention de l'appelant selon laquelle la *School Act* accorde au gouvernement un contrôle absolu sur l'éducation des enfants. Elle n'a pas pour effet d'obliger les enfants à fréquenter une école contrôlée par un conseil. Le paragraphe 143(1) permet l'enseignement à la maison ou ailleurs, dans la mesure où son caractère approprié est attesté, ou la fréquentation d'une école privée approuvée par le ministère. Essentiellement, comme le juge du procès l'a fait remarquer, elle prescrit non pas la fréquentation obligatoire d'écoles contrôlées par un conseil, mais l'éducation obligatoire.

Toutefois, le véritable point que soulève l'appelant porte qu'il s'oppose à l'exigence de l'enregistrement de son école comme école privée ou de l'attestation qu'il donne un enseignement approprié à la maison ou ailleurs parce que, affirme-t-il, cela comporte la reconnaissance que c'est le gouvernement, plutôt que Dieu, qui a le pouvoir ultime sur l'éducation de ses enfants. Il soutient qu'une telle reconnaissance serait incompatible avec ses convictions religieuses.

Si l'on présume que ses convictions soient sincères, je serais d'accord pour dire que la *School Act* porte jusqu'à un certain point atteinte à la liberté de religion de l'appelant. Un tribunal n'est pas en mesure de mettre en question la validité d'une croyance religieuse, même si peu de gens partagent cette croyance. Cependant rien n'empêche un tribunal d'examiner la sincérité d'une croyance religieuse qu'une personne invoque en demandant d'être exemptée de l'application d'une loi valide. En fait, il a le devoir de le faire. Le juge du procès a examiné la question à fond en l'espèce et a conclu, comme nous l'avons déjà vu, que [TRADUCTION] «L'accusé n'a pas établi les faits sur lesquels il fonde son affirmation que l'exigence d'attestation ou d'approbation contrevient à ses croyances religieuses». Toutefois l'avocat de l'appelant, nous invite à conclure que le juge du procès a commis une erreur en tirant cette conclusion. Il faudrait des motifs sérieux pour que cette Cour soit fondée à infirmer la décision d'un juge de première instance sur une question de fait comme celle-ci,

which was moreover not questioned by the Court of Appeal, on a factual question like this one.

The trial judge's finding may, however, be interpreted as falling short of a finding that the appellant did not sincerely have a religious conviction that he could not apply for certification; he did deal with the case on the basis that the appellant had such a conviction. I shall, therefore, assume the sincerity of the appellant's belief. I might perhaps first say that, while a religious belief that a person has the right to educate his own children is not as strongly asserted nowadays, it is really not that unusual. It would be to negate history to fail to recognize that for many years the individual and the church played a far more significant role in the education of the young than the state. And when the state began to take the dominant role, it had to make accommodations to meet the needs and desires of those who had dissentient views. The provisions regarding separate schools in the Constitution are an example. But our historical experience is by no means confined to these arrangements. One need only refer to the serious social and political crises that developed in this country in the latter part of the 19th century when governments sought to establish common schools in the various provinces. These attempts gave rise to major political issues, and compromises inevitably followed. Many of these continue to this day. Nonetheless, the appellant's claim is rather unusual in its specific setting and its intensity.

If the appellant has an interest in, and a religious conviction that he must himself provide for the education of his children, it should not be forgotten that the state, too, has an interest in the education of its citizens. Whether one views it from an economic, social, cultural or civic point of view, the education of the young is critically important in our society. From an early period, the provinces have responded to this interest by developing schemes for compulsory education. Edu-

d'autant que cette décision n'a pas été mise en question par la Cour d'appel.

Toutefois, la conclusion du juge du procès peut être interprétée comme n'équivalant pas à une conclusion portant que l'appelant n'avait pas sincèrement la conviction religieuse qu'il ne pouvait pas demander l'attestation; il a traité cette affaire en tenant pour acquis que l'appelant avait une telle conviction. Je vais donc présumer de la sincérité de la croyance de l'appelant. Je pourrais peut-être dire tout d'abord que, même si la croyance religieuse selon laquelle une personne a le droit d'éduquer ses propres enfants n'est plus affirmée aussi énergiquement de nos jours, elle n'est pas vraiment si inhabituelle. Ce serait nier l'histoire que de ne pas reconnaître que pendant de nombreuses années l'individu et l'église ont joué un rôle beaucoup plus important que l'État en matière d'éducation des jeunes. Et lorsque l'État a commencé à assumer un rôle dominant, il a dû faire des compromis pour répondre aux besoins et à la volonté de ceux qui avaient des opinions divergentes. Les dispositions de la Constitution concernant les écoles séparées en sont un exemple. Cependant, notre expérience historique ne se résume absolument pas à ces arrangements. Il suffit seulement de mentionner les graves crises sociales et politiques qu'a connues ce pays au cours de la dernière partie du XIX^e^ siècle, lorsque les gouvernements ont cherché à établir des écoles publiques dans les diverses provinces. Ces tentatives ont eu pour effet de soulever des questions politiques importantes et inévitablement on est arrivé à des compromis, dont un grand nombre s'appliquent encore aujourd'hui. Néanmoins, la demande de l'appelant est plutôt inhabituelle sur le plan de son contexte spécifique et de sa véhémence.

Si l'appelant a un intérêt dans l'éducation de ses enfants et la conviction religieuse qu'il doit lui-même l'assurer, il ne faudrait pas oublier que l'État a lui aussi un intérêt dans l'éducation de ses citoyens. Que l'on se place d'un point de vue économique, social, culturel ou communautaire, l'éducation des jeunes est primordiale dans notre société. Depuis longtemps, les provinces ont réagi à cet intérêt en mettant au point des programmes d'enseignement obligatoires. L'éducation est au-

cation is today a matter of prime concern to government everywhere. Activities in this area account for a very significant part of every provincial budget. Indeed, in modern society, education has far-reaching implications beyond the province, not only at the national, but at the international level. Much of what was said by the Supreme Court of the United States in the following passage in *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) at p. 493, has application here:

> Today, education is perhaps the most important function of state and local governments. Compulsory school attendance laws and the great expenditures for education both demonstrate our recognition of the importance of education to our democratic society. It is required in the performance of our most basic public responsibilities, even service in the armed forces. It is the very foundation of good citizenship. Today it is a principal instrument is awakening the child to cultural values, in preparing him for later professional training, and in helping him to adjust normally to his environment. In these days, it is doubtful that any child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied the opportunity of an education.

The interest of the province in the education of the young is thus compelling. It should require no further demonstration that it may, in advancing this interest, place reasonable limits on the freedom of those who, like the appellant, believe that they should themselves attend to the education of their children and to do so in conformity with their religious convictions. Section 1 of the *Charter* allows for this. It provides that the rights and freedoms set out in the *Charter* are subject "to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society".

In weighing whether the limits imposed on the appellant in the present case are reasonable within the section, it is worth repeating that the *School Act* does not deny the right of the appellant to provide home instruction to his children. Indeed, s. 143(1)(a) expressly allows for this and he has the

jourd'hui une question de première importance pour tous les gouvernements. Les activités dans ce domaine représentent une partie très importante de tous les budgets provinciaux. En fait, dans la société moderne, l'éducation a des conséquences d'une portée considérable à l'extérieur de la province, non seulement au niveau national mais au niveau international. La majeure partie de ce que la Cour suprême des États-Unis a dit dans l'extrait suivant de l'arrêt *Brown v. Board of Education of Topeka*, 347 U.S. 483 (1954) à la p. 493, s'applique ici:

> [TRADUCTION] De nos jours, l'éducation est sans doute la plus importante fonction des gouvernements locaux et d'État. Les lois sur la fréquentation scolaire obligatoire et les dépenses considérables en matière d'éducation démontrent que l'on reconnaît l'importance de l'éducation dans notre société démocratique. Elle est nécessaire dans l'accomplissement de nos obligations publiques les plus fondamentales même le service militaire. C'est la fondation même de toute citoyenneté solide. Aujourd'hui, il s'agit d'un des principaux instruments pour éveiller l'enfant aux valeurs culturelles, pour le préparer à une formation professionnelle ultérieure et pour l'aider à s'adapter normalement à son milieu. De nos jours, on peut douter qu'un enfant ait des chances de réussir dans la vie si on lui refuse la possibilité de s'instruire.

L'intérêt qu'a la province dans l'éducation de la jeunesse est donc impérieux. Il ne devrait pas être nécessaire de démontrer davantage qu'elle peut, en s'occupant de promouvoir cet intérêt, imposer des limites raisonnables à la liberté de ceux qui, comme l'appelant, croient qu'ils devraient eux-mêmes assurer l'éducation de leurs enfants et le faire conformément à leurs convictions religieuses. L'article premier de la *Charte* le permet. Il prévoit que les droits et libertés énoncés dans la *Charte* «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».

Pour évaluer si les limites imposées à l'appelant en l'espèce sont raisonnables au sens de cet article, il convient de répéter que la *School Act* ne nie pas le droit de l'appelant de donner à ses enfants un enseignement à la maison. En fait, l'al. 143(1)a) le permet expressément et il a également le droit de

right, as well, to seek registration of his academy as a private school.

How far the province could go in imposing conditions on the way the appellant provides instruction, if he had applied for registration of his academy as a private school or for certification of the efficiency of his instruction, I need not enter into. Certainly a reasonable accommodation would have to be made in dealing with this issue to ensure that provincial interests in the quality of education were met in a way that did not unduly encroach on the religious convictions of the appellant. In determining whether pupils are under "efficient instruction", it would be necessary to delicately and sensitively weigh the competing interests so as to respect, as much as possible, the religious convictions of the appellant as guaranteed by the *Charter*. Those who administer the province's educational requirements may not do so in a manner that unreasonably infringes on the right of parents to teach their children in accordance with their religious convictions. The interference must be demonstrably justified.

But we need not, in this case, enter into an examination of the extent to which requirements to obtain certification or approval may go. The possibility that excessive demands would be made rests on pure speculation. The appellant has never been refused a certificate of instruction, so he is not an aggrieved person in that sense. It is he who refuses to apply. To do so, he asserts, offends his religious convictions.

I might at this point say that I am not impressed by the argument that nothing in the Act spells out that the appellant must apply for certification. What the Act tells him (s. 142(1)) is that his children must attend a school under the control of a board, subject to the penalty provided in s. 180. Section 143(1) provides excuses for failure to comply with the requirement. It is up to him to take steps to avail himself of this provision.

demander l'enregistrement de son école à titre d'école privée.

Il ne m'est pas nécessaire d'examiner jusqu'à quel point la province pourrait imposer des conditions sur la manière dont l'appelant peut assurer l'enseignement, s'il avait demandé l'enregistrement de son école à titre d'école privée ou l'attestation du caractère approprié de son enseignement. Il faudrait certainement en arriver à un compromis raisonnable en examinant cette question afin d'assurer que soient respectés les intérêts qu'a la province dans la qualité de l'enseignement d'une manière qui n'empiète pas indûment sur les convictions religieuses de l'appelant. Pour déterminer si les élèves reçoivent un «enseignement approprié», il serait nécessaire d'évaluer avec délicatesse et tact les intérêts opposés, de manière à respecter, autant que possible, les convictions religieuses de l'appelant que protège la *Charte*. Ceux qui appliquent la réglementation de la province en matière d'éducation ne doivent pas le faire d'une manière qui empiète de façon déraisonnable sur le droit des parents de donner à leurs enfants un enseignement conforme à leurs convictions religieuses. La justification de l'atteinte doit pouvoir se démontrer.

Toutefois, en l'espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner jusqu'où peuvent aller les exigences en matière d'attestation ou d'approbation. La possibilité que des demandes excessives soient faites est purement spéculative. L'appelant ne s'est jamais vu refuser un certificat d'enseignement, donc, en ce sens, il n'est pas une personne lésée. C'est lui qui refuse de présenter une demande. Le faire, dit-il, irait à l'encontre de ses convictions religieuses.

Je pourrais dire ici que je ne suis pas impressionné par l'argument selon lequel rien dans la Loi ne dit clairement que l'appelant doit demander une attestation. Ce que la Loi lui dit (par. 142(1)), c'est que ses enfants doivent fréquenter une école contrôlée par un conseil, sous réserve de la peine prévue à l'art. 180. Le paragraphe 143(1) énonce des justifications permettant de ne pas se conformer à cette exigence. C'est à lui de prendre les mesures pour se prévaloir de cette disposition.

As noted earlier, the province, and indeed the nation, has a compelling interest in the "efficient instruction" of the young. A requirement that a person who gives instruction at home or elsewhere have that instruction certified as being efficient is, in my view, demonstrably justified in a free and democratic society. So too, I would think, is a subsidiary requirement that those who wish to give such instruction make application to the appropriate authorities for certification that such instruction complies with provincial standards of efficiency. Such a requirement constitutes a minimal, or as the trial judge put it, peripheral intrusion on religion. To permit anyone to ignore it on the basis of religious conviction would create an unwarranted burden on the operation of a legitimate legislative scheme to assure a reasonable standard of education.

Counsel for the appellant placed considerable reliance on Dickson J.'s (now C.J.) statement in *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145 at p. 169, that the onus of establishing that a limitation to a *Charter* right is justified is on the person who seeks to do so. But more recently, in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, the Chief Justice made it clear that this is so only "[w]here evidence is required in order to prove the constituent elements of a s. 1 inquiry" (p. 138). I do not think such evidence is required here. A court must be taken to have a general knowledge of our history and values and to know at least the broad design and workings of our society. We are not concerned with particular facts.

No proof is required to show the importance of education in our society or its significance to government. The legitimate, indeed compelling, interest of the state in the education of the young is known and understood by all informed citizens. Nor is evidence necessary to establish the difficulty of administering a general provincial educational scheme if the onus lies on the educational authorities to enforce compliance. The obvious

Comme je l'ai souligné précédemment, la province, et en fait le pays, a un intérêt impérieux à ce que la jeunesse reçoive un «enseignement approprié». À mon avis, l'obligation pour la personne qui donne des cours à la maison ou ailleurs de faire attester le caractère approprié de son enseignement est justifiable dans une société libre et démocratique. Il en va de même, à mon sens, de l'obligation subsidiaire qu'ont ceux qui souhaitent donner un tel enseignement d'adresser aux autorités compétentes une demande d'attestation que cet enseignement est conforme aux normes provinciales en la matière. Une telle obligation constitue un empiétement minimal ou, comme l'a dit le juge du procès, mineur sur la religion. Permettre à quelqu'un de l'ignorer pour des motifs de convictions religieuses aurait pour effet d'entraver de façon injustifiée l'application d'un programme législatif légitime visant à assurer une norme raisonnable en matière d'éducation.

L'avocat de l'appelant s'est appuyé fortement sur la déclaration du juge Dickson (maintenant Juge en chef) dans l'arrêt *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145 à la p. 169, portant que c'est à la partie qui cherche à limiter un droit garanti par la *Charte* qu'il incombe de justifier cette limite. Mais plus récemment, dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, le Juge en chef a établi clairement que c'est le cas seulement «[l]orsqu'une preuve est nécessaire pour établir les éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier» (p. 138). Je ne crois pas qu'une telle preuve soit nécessaire en l'espèce. On doit considérer qu'un tribunal a une connaissance générale de notre histoire et de nos valeurs, et qu'il connaît au moins les visées et le fonctionnement généraux de notre société. Nous ne nous intéressons pas à des faits particuliers.

Aucune preuve n'est nécessaire pour démontrer l'importance de l'éducation dans notre société ou son importance pour le gouvernement. Tous les citoyens informés savent et comprennent que l'État a un intérêt légitime, voire impérieux, à l'égard de l'éducation de la jeunesse. Aucune preuve n'est nécessaire non plus pour démontrer la difficulté d'appliquer un programme provincial d'éducation générale s'il incombe aux autorités en matière

way to administer it is by requiring those who seek exemptions from the general scheme to make application for the purpose. Such a requirement constitutes a reasonable limit on a parent's religious convictions concerning the upbringing of his or her children. The extent to which a state could intrude on the appellant's religious convictions in determining what is efficient instruction does not arise here. A balance could only be attempted in a specific context.

The approach I have taken conforms in its essentials with the manner in which the courts in the United States have consistently dealt with similar issues that have arisen under the Constitution of that country; see, *inter alia*, *Sheridan Road Baptist Church v. Department of Education*, 348 N.W. 2d 263 (1984), a decision of the Michigan Court of Appeal involving a statute containing provisions bearing some similarity to those in the Alberta *School Act* (see esp. p. 267). I find particularly apt in this context the statement of O'Hern J., giving the opinion of the Supreme Court of New Jersey, in *New Jersey State Board of Higher Education v. Board of Directors of Shelton College*, 448 A.2d 988 (1982), where Shelton College refused to be licensed under a state statute on the basis of religious convictions. He said this, at p. 996:

> Here, accommodation of defendants' religious beliefs would entail a complete exemption from state regulation. As noted above, such accommodation would cut to the heart of the legislation and severely impede the achievement of important state goals.

Though the *Charter* protects the individual from compulsion or restraint in violation of his rights, and a court must, as Dickson J. noted in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 344, interpret the rights it enshrines in "a generous rather than a legalistic" fashion, the protection accorded them, as he has also noted, can only be "within the limits of reason" (see *Hunter v. Southam Inc.*, *supra*, at p. 156). A form of proportionality test is involved (*R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 352). I

d'éducation d'en assurer le respect. Le moyen évident de l'appliquer consiste à exiger de ceux qui demandent d'être exemptés de ce programme général d'adresser une demande à cette fin. Une telle exigence constitue une limite raisonnable aux convictions religieuses des parents en ce qui a trait à la manière d'élever leurs enfants. La question de savoir dans quelle mesure l'État peut empiéter sur les convictions religieuses de l'appelant, en déterminant ce qui constitue un enseignement approprié, ne se pose pas en l'espèce. On ne peut tenter d'atteindre un certain équilibre que dans un contexte précis.

Le point de vue que j'ai adopté est essentiellement compatible avec la manière dont les tribunaux des États-Unis ont immanquablement traité des questions semblables soulevées en vertu de la constitution de ce pays; voir, notamment, *Sheridan Road Baptist Church v. Department of Education*, 348 N.W. 2d 263 (1984), un arrêt de la Cour d'appel du Michigan qui porte sur une loi contenant des dispositions qui sont quelque peu semblables à celles de la *School Act* de l'Alberta (voir en particulier à la p. 267). Je trouve particulièrement pertinente dans ce contexte la déclaration du juge O'Hern, qui donne l'opinion de la Cour suprême du New Jersey, dans *New Jersey State Board of Higher Education v. Board of Directors of Shelton College*, 448 A.2d 988 (1982), où le collège Shelton a refusé d'être titulaire d'un permis en vertu d'une loi de l'État pour des motifs de convictions religieuses. Voici ce qu'il dit à la p. 996:

> [TRADUCTION] En l'espèce, le respect des croyances religieuses des défendeurs emporterait une exemption complète de l'application du règlement de l'État. Tel que souligné plus haut, un tel respect porterait un coup au cœur de la loi et empêcherait sérieusement l'État d'atteindre des objectifs importants.

Bien que la *Charte* protège le particulier contre les contraintes ou les restrictions contraires à ses droits, et qu'un tribunal doive, comme le juge Dickson l'a souligné dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 344, interpréter les droits qu'elle enchâsse d'une manière «libérale plutôt que formaliste», la protection qui leur est accordée, comme il l'a également souligné, ne peut être que «dans des limites raisonnables» (voir *Hunter c. Southam Inc.*, précité, à la p. 156). Une

do not think it would be reasonable to permit the appellant to ignore the province's laws on a matter as important as the education of the young.

For these reasons, I do not think the appellant can succeed in his argument under s. 2(*a*) of the *Charter*.

The Interference with Liberty Argument

Section 7 of the *Charter* reads:

> 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.

Counsel for the appellant submits that by being subjected to penal sanctions for failing to send his children to a school under the control of a board, he is being deprived of his liberty in a way that is not in accordance with fundamental justice. This deprivation, he says, arises in two ways: first, by depriving the appellant of his right to bring up his children in a manner he sees fit, and secondly, by providing penal sanctions in s. 180 of the Act, a penal sanction, he notes, that can include imprisonment up to sixty days.

"Liberty" as used in s. 7 of the *Charter*, the appellant contends, should be given the generous interpretation accorded that word in the Due Process Clause of the Constitution of the United States where the right of a parent to educate his children is grounded not only in the protection of religion assured by that Constitution but also in the liberty proclaimed in the Due Process Clause. He referred, among other cases, to *Meyer v. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) at p. 399, where the following statement appears:

> While this Court has not attempted to define with exactness the liberty thus guaranteed, the term has received much consideration and some of the included things have been definitely stated. Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful

sorte de critère de proportionnalité entre en jeu (*R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 352). Je ne crois pas qu'il serait raisonnable de permettre à l'appelant d'ignorer les lois de la province relativement à une question aussi importante que l'éducation des jeunes.

Pour ces motifs, je ne crois pas que l'appelant puisse faire valoir avec succès son argument fondé sur l'al. 2*a*) de la *Charte*.

L'argument de l'empiétement sur la liberté

Voici le texte de l'art. 7 de la *Charte*:

> 7. Chacun a 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.

L'avocat de l'appelant soutient qu'en étant assujetti à des sanctions pénales pour le défaut d'envoyer ses enfants à une école contrôlée par un conseil, son client est privé de sa liberté d'une manière non conforme à la justice fondamentale. Cette privation, dit-il, se manifeste de deux façons: d'abord, en privant l'appelant de son droit d'élever ses enfants de la manière qu'il juge appropriée, et ensuite, en prescrivant des sanctions pénales à l'art. 180 de la Loi, lesquelles, souligne-t-il, peuvent comprendre une peine d'emprisonnement pouvant aller jusqu'à soixante jours.

L'appelant soutient que le terme «liberté» utilisé à l'art. 7 de la *Charte* devrait recevoir l'interprétation libérale qui est donnée à ce mot dans la clause d'application régulière de la loi de la Constitution des États-Unis où le droit d'un parent d'éduquer ses enfants est fondé non seulement sur la protection de la religion assurée par cette constitution, mais également sur la liberté proclamée dans la clause d'application régulière de la loi. Il a mentionné, notamment, l'arrêt *Meyer v. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923) à la p. 399, où figure l'extrait suivant:

> [TRADUCTION] Même si cette Cour n'a pas tenté de définir avec exactitude la liberté ainsi garantie, ce terme a souvent été examiné et certains des éléments qui y sont compris ont été précisés de façon définitive. Ce terme s'entend sans aucun doute non seulement de l'absence de contrainte physique mais également du droit des particuliers de contracter, de vaquer aux occupations ordinai-

knowledge, to marry, establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to enjoy those privileges long recognized at common law as essential to the orderly pursuit of happiness by free men.

Liberty in s. 7, the appellant claims, includes the right, as it does in the United States, to bring up his children in the manner he deems fit. The impugned provisions of the *School Act*, he adds, deprive him of that right in a manner that is not in accordance with the principles of fundamental justice. These provisions, he submits, breach the principles of fundamental justice, first, by requiring parents of children not attending schools under the control of a board to prove that their children are receiving efficient instruction while parents whose children do attend these schools need not. Thus, school attendance at government operated or controlled schools is equated with efficient instruction and the government has the absolute right to control the method of educating children even if parents are providing efficient instruction. Secondly, he urges, these provisions confer on someone employed by the school system, i.e. someone with a vested interest in that system, the power to judge whether a person outside that system is providing efficient instruction. Finally, he argues that the provisions limit the evidence admissible to prove that efficient instruction is being given to a certificate signed by an inspector or Superintendent of Schools, thus preventing the appellant a full answer and defence to the charge.

I find it unnecessary to deal with the appellant's contention regarding the meaning of liberty, because in my view, even assuming that liberty as used in s. 7 does include the right of parents to educate their children as they see fit, he has not been deprived of that liberty in a manner that violates s. 7 of the *Charter*. Similarly, I need not deal with the possibility that he may be deprived of liberty by a term of imprisonment. Such a sanction may, under the Act, be imposed only on failure to pay a fine and in any event no such sanction was imposed here. The essential question for present

res de la vie, d'acquérir des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d'élever des enfants, d'adorer Dieu selon sa conscience et, en général, de jouir des privilèges reconnus depuis longtemps en *common law* comme étant essentiels à la poursuite du bonheur par les hommes libres.

L'appelant soutient que le terme «liberté» dans l'art. 7 comprend le droit, comme aux États-Unis, d'élever ses enfants de la manière qu'il juge appropriée. Il ajoute que les dispositions contestées de la *School Act* le privent de ce droit d'une manière non conforme aux principes de justice fondamentale. Il fait valoir que ces dispositions violent les principes de justice fondamentale d'abord, en exigeant que les parents des enfants qui ne fréquentent pas les écoles contrôlées par un conseil démontrent que leurs enfants reçoivent un enseignement approprié alors que les parents des enfants qui fréquentent ces écoles n'ont pas à le faire. Ainsi, la fréquentation des écoles administrées ou contrôlées par le gouvernement est assimilée à un enseignement approprié et le gouvernement a le droit absolu de contrôler la façon d'instruire les enfants même si les parents leur donnent un enseignement approprié. Ensuite, il souligne que ces dispositions confèrent à quelqu'un au service du système scolaire, c.-à-d. quelqu'un qui est directement intéressé dans ce système, le pouvoir de juger si une personne à l'extérieur de ce système donne un enseignement approprié. Finalement, il soutient que les dispositions restreignent la preuve admissible pour démontrer qu'un enseignement approprié est donné, à un certificat signé par un inspecteur ou un surintendant des écoles, ce qui l'empêche d'opposer une défense pleine et entière à l'accusation.

Je juge qu'il n'est pas nécessaire de traiter de l'argument de l'appelant concernant le sens du terme «liberté», parce que, à mon avis, même si l'on présume que le mot liberté tel qu'il est employé à l'art. 7 comprend le droit des parents d'éduquer leurs enfants comme ils l'entendent, il n'a pas été privé de cette liberté d'une manière qui viole l'art. 7 de la *Charte*. De même, il ne m'est pas nécessaire d'examiner la possibilité qu'il soit privé de sa liberté par une peine d'emprisonnement. Selon la Loi, une telle peine ne peut être imposée qu'à défaut de payer l'amende et de toute

purposes is whether, assuming the appellant's argument regarding the meaning of liberty is correct, he has been deprived of that liberty contrary to the principles of fundamental justice.

There is, in my view, a fallacy lurking in the appellant's first two submissions regarding fundamental justice. They first invite us to view the process engaged in by the school authorities in certifying instruction as efficient as being rather in the nature of a judicial hearing, and then suggest that the school authorities must necessarily be biased or at least create in the appellant a reasonable apprehension of bias. I have no doubt that if in exercising their functions the school authorities sought to impose arbitrary standards, i.e. standards extraneous to the educational policy under the Act, or if they in other respects acted in a manner that was fundamentally unfair, such as failing to examine the facts or to fairly consider the appellant's representations, the courts could intervene. But I am unable to categorize the issue as the appellant does.

I have already indicated that the province has a compelling interest in the quality of education and what it has done by the Act is to provide a system to ensure that the requirements it considers necessary to advance this interest are complied with. This it did by providing for certain standards in the *School Act* and the regulations, and by delegating to the school authorities the power to spell out the details in order to meet the variegated needs throughout the province. The policy obviously involves both content and efficiency of instruction, an expression that must be viewed in terms of the provincial educational policy, not in the dissociated manner the appellant seems to advance. The province may, if it chooses, deal with educational policy in the Act itself or by means of regulations or by designating officials to particularize the requirements within the general confines of the Act. In a word, the school authorities are

manière aucune peine de cette nature n'a été imposée en l'espèce. Aux fins de la présente espèce, il s'agit essentiellement de savoir si, à supposer que l'argument de l'appelant concernant le sens du mot «liberté» soit juste, il a été privé de cette liberté contrairement aux principes de justice fondamentale.

À mon avis, il y a un sophisme derrière les deux premiers arguments de l'appelant en ce qui a trait à la justice fondamentale. Il nous invite d'abord à considérer que la procédure engagée par l'administration scolaire pour attester le caractère approprié de l'enseignement participe plutôt de la nature d'une audition judiciaire, et ensuite il laisse entendre que l'administration scolaire doit nécessairement être partiale ou du moins susciter dans l'esprit de l'appelant une crainte raisonnable de partialité. Je ne doute pas que les tribunaux puissent intervenir si, dans l'exercice de ses fonctions, l'administration scolaire cherchait à imposer des normes arbitraires, c.-à-d. des normes étrangères à la politique en matière d'éducation prévue par la Loi, ou si elle avait agi à d'autres égards d'une manière fondamentalement injuste, notamment en omettant d'examiner les faits ou de prendre en considération équitablement les arguments de l'appelant. Toutefois, je suis incapable de classer la question comme le fait l'appelant.

J'ai déjà indiqué que la province a un intérêt impérieux dans la qualité de l'éducation et ce qu'elle a fait au moyen de la Loi, c'est de mettre en place un système visant à assurer que l'on respecte les exigences qu'elle considère nécessaires pour promouvoir cet intérêt. Elle l'a fait en prescrivant certaines normes dans la *School Act* et dans les règlements, et en déléguant aux autorités scolaires le pouvoir d'exposer clairement les détails afin de satisfaire aux besoins variés dans la province. Il va de soi que cette politique porte à la fois sur le contenu et le caractère approprié de l'enseignement, une expression qui doit être considérée sur le plan de la politique provinciale en matière d'éducation, et non séparément comme semble le préconiser l'appelant. La province peut, à son gré, traiter de la politique en matière d'éducation dans la Loi elle-même ou au moyen de règlements ou en désignant des fonctionnaires pour préciser les exi-

participating in the elucidation of an educational policy the province has a compelling interest in carrying out. Of course, these authorities have a vested interest in the system. But it seems normal enough to refer a question of efficient instruction within the meaning of the *School Act* to a school inspector or a Superintendent of Schools who is knowledgeable of the requirements and workings of the educational system under the *School Act*.

It is true that some provinces have adopted another method of doing this, by having the issue determined by a court. There are, no doubt, some advantages to the latter approach but there are disadvantages too. It creates a more cumbersome administrative structure. If the decision maker is more detached, he is also less knowledgeable and sensitive to the needs of the educational system. I do not think such a system can be imposed on the province in the present context. Some pragmatism is involved in balancing between fairness and efficiency. The provinces must be given room to make choices regarding the type of administrative structure that will suit their needs unless the use of such structure is in itself so manifestly unfair, having regard to the decisions it is called upon to make, as to violate the principles of fundamental justice.

I do not think that is the case here. The province cannot, in my view, be faulted for adopting the philosophy frequently applied in the courts of the United States, namely, that "The courtroom is simply not the best arena for the debate of issues of educational policy and the measurement of educational quality"; see *State v. Shaver*, 294 N.W. 2d 883 (N.D. S.C. 1980) at p. 900. If in the exercise of the power, those making the decision act in a way the appellant believes violates his rights, he can raise the issue in the courts.

In support of this portion of his argument, counsel for the appellant sought to rely on the decision

gences dans le cadre général de la Loi. En un mot, les autorités scolaires participent à l'éclaircissement d'une politique en matière d'éducation que la province a un intérêt impérieux à appliquer. Évidemment, ces autorités sont directement intéressées dans le système. Toutefois, il semble suffisamment normal de renvoyer la question de l'enseignement approprié au sens de la *School Act* devant un inspecteur du ministère de l'Éducation ou un surintendant des écoles qui connaît les exigences et les mécanismes du système d'éducation que prévoit la *School Act*.

Il est vrai que certaines provinces ont adopté une autre méthode pour le faire, en faisant trancher la question par un tribunal. Cette dernière méthode comporte certainement des avantages, mais également certains inconvénients. Elle a pour effet d'engendrer une structure administrative plus lourde. Si l'organe décisionnel est plus objectif, il reste qu'il est moins bien informé des besoins du système d'éducation et qu'il est moins prompt à y réagir. Je ne pense pas qu'on puisse imposer un tel système à la province dans le contexte actuel. Un certain pragmatisme entre en jeu dans l'équilibrage de l'équité et de l'efficacité. Les provinces doivent avoir la possibilité de faire des choix quant au type de structure administrative qui répondra à leurs besoins, à moins que le recours à une telle structure ne soit en lui-même nettement injuste, compte tenu des décisions qu'elle est appelée à prendre, au point de violer les principes de justice fondamentale.

Je ne crois pas que ce soit le cas en l'espèce. À mon avis, on ne peut reprocher à la province d'adopter la philosophie qui est souvent appliquée dans les tribunaux des États-Unis, savoir que [TRADUCTION] «Le tribunal n'est tout simplement pas le meilleur endroit pour débattre les questions de politique en matière d'éducation et pour mesurer la qualité de l'enseignement»; voir *State v. Shaver*, 294 N.W. 2d 883 (N.D.S.C. 1980) à la p. 900. Si dans l'exercice de ce pouvoir, ceux qui prennent la décision agissent d'une manière que l'appelant juge contraire à ses droits, celui-ci peut soulever la question devant les tribunaux.

À l'appui de cette partie de son argument, l'avocat de l'appelant a cherché à se fonder sur l'arrêt

of this Court in *Hunter v. Southam Inc., supra.* In that case, the Director of Investigation and Research under the *Combines Investigation Act*, R.S.C. 1970, c. C-23, issued an authorization for the search of premises as permitted by the Act. This Court held the authorization violated s. 8 of the *Charter* which guarantees the right to be secure against unreasonable search and seizure. One of the grounds of the decision was that the Director, in deciding to authorize a search, would in effect be a judge in his own cause. But the serious nature of the intrusion on the right to privacy sought to be protected in that case contrasts sharply with that at issue in the present case. As Dickson J., speaking for the Court in *Hunter*, observed, intrusions on the individual's expectations of privacy have long been protected by the common law, which has, in particular, always strongly leaned against unreasonable searches and seizures. Accordingly, in his view, the grant of authorization to search under the *Combines Investigation Act* must be given prior to the search and must meet judicial standards. Of the latter requirement, he had this to say, at pp. 161-62:

> The purpose of a requirement of prior authorization is to provide an opportunity, before the event, for the conflicting interests of the state and the individual to be assessed, so that the individual's right to privacy will be breached only where the appropriate standard has been met, and the interests of the state are thus demonstrably superior. For such an authorization procedure to be meaningful it is necessary for the person authorizing the search to be able to assess the evidence as to whether that standard has been met, in an entirely neutral and impartial manner.

To insist on prior court authorization in the case of an administrative requirement of the kind in question here is, in my view, not warranted. The *Charter*, as we saw, protects the rights and freedoms it guarantees only "within the limits of reason". I do not think the intrusion on the individual in a case like the present demands the safeguards surrounding a judicial decision. It is sufficient to protect the individual against unfairness or the disregard of his rights by the school authorities when they come to deal with his application.

de cette Cour *Hunter c. Southam Inc.*, précité. Dans cette affaire, le directeur des enquêtes et recherches avait, en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions*, S.R.C. 1970, chap. C-23, autorisé la fouille de locaux comme le permet la Loi. Cette Cour a jugé que cette autorisation violait l'art. 8 de la *Charte* qui garantit le droit à la protection contre les fouilles, les perquisitions et les saisies abusives. L'un des motifs de l'arrêt portait que le directeur, en décidant d'autoriser une perquisition, serait en fait juge dans sa propre cause. Toutefois, la nature grave de l'atteinte au droit à la vie privée que l'on cherchait à protéger dans cette affaire contraste vivement avec celle qui est en litige en l'espèce. Comme l'a fait remarquer le juge Dickson, au nom de la Cour dans l'arrêt *Hunter*, les atteintes aux expectatives des particuliers en matière de vie privée sont protégées depuis longtemps par la *common law* qui s'est, en particulier, toujours opposée fortement aux fouilles, aux perquisitions et aux saisies abusives. Par conséquent, à son avis, l'autorisation d'effectuer une perquisition en vertu de la *Loi relative aux enquêtes sur les coalitions* doit être donnée avant la perquisition et doit satisfaire à certains critères de nature judiciaire. En ce qui a trait à cette dernière exigence, il a dit aux pp. 161 et 162:

> L'exigence d'une autorisation préalable vise à donner l'occasion, avant le fait, d'apprécier les droits opposés de l'État et du particulier, de sorte qu'on ne puisse porter atteinte au droit du particulier à la vie privée que si l'on a satisfait au critère approprié, et si la supériorité des intérêts de l'État peut être démontrée. Pour qu'un tel processus d'autorisation ait un sens, il faut que la personne qui autorise la fouille ou la perquisition soit en mesure d'apprécier, d'une manière tout à fait neutre et impartiale, la preuve offerte quant à la question de savoir si on a satisfait à ce critère.

À mon avis, on n'a pas raison d'insister sur l'autorisation préalable de la cour dans le cas d'une exigence administrative du genre dont il est question en l'espèce. La *Charte*, comme nous l'avons vu, protège les droits et libertés qu'elle garantit seulement «dans des limites raisonnables». Je ne crois pas que l'atteinte aux droits d'un particulier dans un cas comme l'espèce exige les garanties qui entourent une décision judiciaire. Il suffit de protéger l'individu contre l'injustice ou le mépris de ses droits par les autorités scolaires lorsqu'il s'agit pour elles d'examiner sa demande.

Counsel for the appellant also noted that in *Hunter* the Court insisted on the necessity of objective standards in making a decision. Here, he claims there are no objective standards by which efficient instruction is to be judged. To this I would reply that there can be no precise definition of what constitutes efficient education. The question must necessarily be left for someone to determine. Of course, it cannot be decided in the abstract or in an arbitrary manner. The discretion accorded by s. 143(1)(a) must necessarily be determined in accordance with the requirements of the *School Act* as they operate in a practical setting. While some guidelines could probably be spelled out, in many if not all aspects, simply requiring efficient instruction may, from a practical standpoint, be as precise a standard as the nature of the subject-matter will allow; in any event, such a standard in this context is not unreasonable. And who is more qualified to consider the question than a Department of Education inspector or a Superintendent of Schools, the very officials to whom the discretion is given by the provision? Should the decisions of these officials in performing their duty unduly infringe on the appellant's freedom of religion or his liberty, he can raise the issue in the courts in the manner I shall hereafter describe.

L'avocat de l'appelant a également souligné que dans l'arrêt *Hunter*, la Cour a insisté sur la nécessité de satisfaire à des critères objectifs en rendant une décision. En l'espèce, il soutient qu'il n'y a aucun critère objectif en fonction duquel on peut juger qu'un enseignement est approprié. À cela, je suis d'avis de répondre qu'il ne peut y avoir de définition précise de ce qui constitue un enseignement approprié. On doit nécessairement laisser à quelqu'un le soin de régler cette question. Évidemment, elle ne peut être tranchée dans l'abstrait ou d'une manière arbitraire. Le pouvoir discrétionnaire conféré par l'al. 143(1)a) doit nécessairement être déterminé conformément aux exigences de la *School Act* dans la mesure où elles s'appliquent dans un cadre pratique. Bien que certaines lignes directrices puissent probablement être établies, à plusieurs sinon à tous égards, la simple exigence d'un enseignement approprié peut, d'un point de vue pratique, constituer une norme aussi précise que le permet la nature de la question; de toute façon, une telle norme n'est pas déraisonnable dans le présent contexte. De plus, qui est mieux qualifié pour examiner la question que l'inspecteur du ministère de l'Éducation ou le surintendant des écoles, les fonctionnaires mêmes à qui le pouvoir discrétionnaire est accordé par la disposition? Si jamais les décisions prises par ces fonctionnaires dans l'exercice de leurs fonctions portent atteinte indûment à la liberté de religion de l'appelant ou à sa liberté, celui-ci pourra alors soulever la question devant les tribunaux de la manière décrite plus loin.

The truth is, of course, that no matter how specific the requirements of the *School Act* might be, the appellant would still object to being subjected to them. I might again note that the American courts have met with objections of this kind in a manner similar to the one I have adopted. In *New Jersey-Philadelphia Presbytery of the Bible Presbyterian Church v. New Jersey State Board of Higher Education*, U.S. District Ct. for the District of N.J., Civ. No. 79-3341, unpublished opinion, July 29, 1983 (affirmed by the U.S. Court of Appeals for the Third Circuit, No. 83-5774, unpublished opinion, July 17, 1984), the court made it clear (at p. 12) that whether a licensing program of this kind impinges on religious liberties

Il va sans dire, en vérité, que quelque précises que pourraient être les exigences de la *School Act*, l'appelant s'opposerait quand même au fait d'y être assujetti. Je pourrais encore souligner que les tribunaux américains ont répondu aux objections de ce genre d'une manière semblable à celle que j'ai adoptée. Dans *New Jersey-Philadelphia Presbytery of the Bible Presbyterian Church v. New Jersey State Board of Higher Education*, U.S. Dist. Ct. du district du New Jersey, Civ. No. 79-3341, opinion non publiée, le 29 juillet 1983 (confirmée par la U.S. Court of Appeals for the Third Circuit, No. 83-5774, opinion non publiée, le 17 juillet 1984), la cour a établi clairement (à la p. 12) que la question de savoir si un programme

will depend upon the manner in which the program is administered; see also *Sheridan Road Baptist Church v. Department of Education*, *supra*, at pp. 275-76.

I have already stated that if it can be established that the school authorities' action is exercised in an unfair or arbitrary manner, then the courts can intervene. It may also be that at some stage certain requirements, whether imposed directly by the *School Act* or by regulations or by officials of the Department of Education or of local school boards, may have to give way to the liberty of the individual to educate his children as he pleases to the extent that such liberty is protected by the *Charter*. That, we saw, is a question of balancing. If a person feels aggrieved, he may apply to a court of competent jurisdiction, in that case a superior court under s. 96 of the *Constitution Act, 1867*, which could accord him such remedy as it considered appropriate. But I do not think he is compelled to make such application. He can wait to be prosecuted. It is true that before the *Charter* it had been held, in *R. ex rel Brooks v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1 (Alta. C.A.), that in the absence of a certificate there was no defence to the charge of non-attendance at school. However, in *R. v. Weibe*, [1978] 3 W.W.R. 36 (Alta. Prov. Ct.), Oliver Prov. Ct. J. allowed evidence of efficient instruction to be adduced in a case where the plaintiff objected to sending his children to public schools on religious grounds. This he held was required by the provision in the *Alberta Bill of Rights* guaranteeing freedom of religion. In my view, the defendant could raise any interference with his rights under the *Charter* as a defence. The mere fact that a certificate was not granted would not be sufficient to meet such a defence or an application under s. 24 of the *Charter*.

The provision under which the appellant is charged is one dealing with truancy generally. It does not *per se* violate the claimed liberty. It does so only if those charged with its administration use

d'attribution de permis de ce genre porte atteinte aux libertés religieuses dépend de la manière dont le programme est administré; voir également *Sheridan Road Baptist Church v. Department of Education*, précité, aux pp. 275 et 276.

Comme je l'ai déjà dit, les tribunaux peuvent intervenir si l'on peut établir que les autorités scolaires ont agi d'une manière injuste ou arbitraire. Il peut aussi arriver qu'à un moment donné certaines exigences, imposées soit directement par la *School Act* soit par règlement ou par des fonctionnaires du ministère de l'Éducation ou des conseils scolaires locaux, doivent céder le pas devant la liberté de l'individu d'éduquer ses enfants comme il l'entend dans la mesure où cette liberté est protégée par la *Charte*. Cela, comme nous l'avons vu, est une question d'équilibrage. Si une personne s'estime lésée, elle peut présenter une demande à un tribunal compétent, dans ce cas une cour supérieure au sens de l'art. 96 de la *Loi constitutionnelle de 1867*, qui pourra lui accorder le redressement qu'il juge approprié. Toutefois, je ne crois pas qu'elle soit obligée de présenter une telle demande. Elle peut attendre d'être poursuivie. Il est vrai qu'avant la *Charte* on avait conclu, dans *R. ex rel Brooks v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1 (C.A. Alb.), qu'en l'absence de certificat il n'y avait pas de moyen de défense opposable à l'accusation de non-fréquentation scolaire. Toutefois, dans *R. v. Weibe*, [1978] 3 W.W.R. 36 (C. prov. Alb.), le juge Oliver a permis qu'une preuve de l'enseignement approprié soit produite dans une affaire où le demandeur refusait d'envoyer ses enfants à l'école publique pour des motifs religieux. Cela, a-t-il conclu, était nécessaire en raison de la disposition de l'*Alberta Bill of Rights*, qui garantit la liberté de religion. À mon avis, le défendeur pouvait invoquer, comme moyen de défense, toute atteinte aux droits que lui garantit la *Charte*. Le simple fait qu'un certificat n'ait pas été accordé ne serait pas suffisant pour faire face à un tel moyen de défense ou à une demande fondée sur l'art. 24 de la *Charte*.

La disposition en vertu de laquelle l'appelant est accusé porte sur la non-fréquentation scolaire en général. Elle ne viole pas en soi à la liberté revendiquée. Elle ne le fera que si ceux qui sont chargés

it as a device for unduly infringing on such liberty. If this occurred, the *Charter* defence would come into play. That, however, is not the case here.

I, therefore, think that the appellant's argument regarding s. 7 of the *Charter* also fails.

Conclusion

For these reasons, I would dismiss the appeal and reply to the constitutional question in the negative.

The reasons of Beetz, McIntyre and Le Dain JJ. were delivered by

MCINTYRE J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared by my colleagues, Wilson and La Forest JJ. The facts are set forth in the reasons of La Forest J. and it will not be necessary for me to make reference to them. On the first issue dealt with in their respective reasons—that of the asserted breach of the appellant's freedom of religion resulting from s. 143(1)(a) of the Alberta *School Act*, R.S.A. 1980, c. S-3—I am in agreement with Wilson J. It is my opinion that the impugned section does not infringe freedom of religion and I am in agreement with Wilson J. that the effect of s. 143(1)(a) is to foster religious freedom rather than to curtail it. Adopting this view, I need not deal with the application of s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

On the second issue, that is, the asserted interference with the liberty guaranteed in s. 7 of the *Charter*, I am in general agreement with the reasons of La Forest J. and I am in agreement with his disposition of the issue.

I would, accordingly, dismiss the appeal and answer the constitutional question in the negative.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—I concur in the reasons of La Forest J.

de l'appliquer s'en servent pour empiéter indûment sur cette liberté. Si cela se produit, le moyen de défense fondé sur la *Charte* entrera en jeu. Toutefois, tel n'est pas le cas en l'espèce.

Par conséquent, j'estime que l'argument de l'appelant au sujet de l'art. 7 de la *Charte* échoue également.

Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis de rejeter le pourvoi et de répondre à la question constitutionnelle par la négative.

Version française des motifs des juges Beetz, McIntyre et Le Dain rendus par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés par mes collègues les juges Wilson et La Forest. Les faits sont exposés dans les motifs du juge La Forest et il ne me sera donc pas nécessaire d'y revenir. Quant à la première question traitée dans leurs motifs respectifs, celle de la violation alléguée de la liberté de religion de l'appelant découlant de l'al. 143(1)a) de la *School Act* de l'Alberta, R.S.A. 1980, chap. S-3, je suis d'accord avec le juge Wilson. Je suis d'avis que l'article en cause ne porte pas atteinte à la liberté de religion et je suis d'accord avec le juge Wilson pour dire que l'al. 143(1)a) a pour effet de favoriser la liberté de religion plutôt que de la restreindre. Comme j'adopte ce point de vue, je n'ai pas besoin de considérer l'application de l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Quant à la seconde question, soit l'empiétement allégué sur la liberté garantie par l'art. 7 de la *Charte*, je suis d'accord en général avec les motifs du juge La Forest et avec sa disposition de l'affaire.

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 LAMER—Je souscris aux motifs du juge La Forest.

As regards s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, while I agree with him that s. 180(1) of the *School Act*, R.S.A. 1980, c. S-3, does not offend the section on the grounds urged upon us by the appellant, I feel compelled to qualify my concurrence in that conclusion. Indeed, s. 180(1) purports to convict and penalize a parent whose child (let us postulate a fifteen year old runaway!) contravenes the Act by, for example, not attending "a school over which a board has control", without any reference to the mental element required of the parent for conviction or to the availability of any defence of due diligence that could be invoked by such a parent. Depending upon the qualifications given to the section, such as, amongst others, whether it is one of strict or of absolute liability, the restriction to liberty through the imposition of imprisonment for non-payment of a fine raises issues, which, while they should not be decided in this case, I would not want to be taken as having inferentially decided in favour of the constitutional validity of the section. Save for this one reservation, I fully agree with the reasons of my colleague, La Forest J.

Au sujet de l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, bien que je convienne avec lui que le par. 180(1) de la *School Act*, R.S.A. 1980, chap. S-3, n'enfreint pas l'article pour les motifs que nous présente l'appelant, j'estime néanmoins devoir mitiger mon concours à cette conclusion. En effet, le par. 180(1) prétend sanctionner et pénaliser les parents dont l'enfant (disons un fugueur de quinze ans!) a enfreint la Loi en cessant, par exemple, de fréquenter [TRADUCTION] «une école dont le conseil a le contrôle», sans aucune référence à l'élément moral nécessaire pour établir la culpabilité des parents, ni à l'existence d'une défense qui autoriserait les parents à faire valoir qu'ils ont fait diligence. Selon la façon de qualifier la responsabilité imposée par le paragraphe, par exemple de responsabilité stricte ou de responsabilité absolue, l'entrave à la liberté que comporte une peine de prison infligée pour non-paiement d'une amende, soulève des questions que, même si on ne doit pas en décider en l'espèce, je ne voudrais pas qu'on considère par déduction comme tranchées dans un sens favorable à la constitutionnalité de l'article. Sous cette unique réserve, je souscris entièrement aux motifs de mon collègue, le juge La Forest.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting)—I have had the benefit of the reasons of my colleague, La Forest J., and must respectfully differ from him in two major respects, namely:

(1) I do not believe that the impugned sections of the *School Act*, R.S.A. 1980, c. S-3, violate the appellant's freedom of conscience and religion under s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Accordingly, I do not find it necessary, as does my colleague, to "save" the impugned sections under s. 1.

(2) I conclude that s. 143(1) violates the appellant's right to liberty under s. 7 of the *Charter* in a way which offends the principles of fundamental justice and that it is not "saved" by s. 1 even if s. 1 can save a violation of a s. 7 right, as to which I have some reservations.

Version française des motifs rendus par

MADAME LE JUGE WILSON (dissidente)—J'ai pu prendre connaissance des motifs de mon collègue, le juge La Forest, mais je dois, avec égards, conclure différemment sur deux points majeurs, à savoir:

1) Je ne crois pas que les articles en cause de la *School Act*, R.S.A. 1980, chap. S-3, violent la liberté de conscience et de religion de l'appelant que garantit l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. C'est pourquoi je ne juge pas nécessaire, comme le fait mon collègue, de «sauvegarder» les articles en cause par un recours à l'article premier.

2) Je conclus que le par. 143(1) viole le droit de l'appelant à la liberté, que garantit l'art. 7 de la *Charte*, en enfreignant les principes de justice fondamentale, et qu'un recours à l'article premier ne saurait le «sauvegarder», même si l'on admet que ce dernier peut jouer dans le cas de la violation d'un droit garanti par l'art. 7, ce dont je doute.

I will not repeat the facts of the case which are fully set out in my colleague's reasons. I do wish, however, in responding to the appellant's submissions to clarify what I understand to be his position on both the s. 2(*a*) and s. 7 issues.

Section 2(*a*): Freedom of Conscience and Religion

The appellant's position under s. 2(*a*) is, I believe, a very narrow one. He does not deny the interest of government in the education of the young. He does not dispute its right to vet the instruction he is providing at his private school to see whether or not it meets government standards. His concern is purely with the statutory machinery for obtaining exemption for his children from mandatory school attendance. It requires him to apply to the Board for such an exemption and it is this which he alleges violates his freedom of conscience and religion. He says that he cannot make such an application because he believes that his right and duty to bring up and educate his children comes from God and it would offend his conscience and his religious convictions to acknowledge the School Board, a secular institution, as the source of this right and obligation. To accept that the Board can grant him permission to carry out his God-given duty would be, he submits, to accept the converse, i.e. that it can also refuse him such permission. He cannot in conscience recognize the Board's authority in this regard; he will not make the necessary application. But he has no objection to the Board's proceeding on its own initiative to vet his instruction if it so desires.

The compulsory attendance provisions of the *School Act*, taken as a whole, do not, in the view I take of them, offend the appellant's freedom of conscience and religion. The core of this freedom was identified by Dickson J. (now C.J.) in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 at p. 336:

> The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and

Je ne relaterai pas les faits en cause, mon collègue les ayant exposés en détail dans ses motifs. Je désire cependant, en réponse aux arguments de l'appelant, éclaircir ce que je crois comprendre être sa position tant à l'égard de l'al. 2*a*) que de l'art. 7.

L'alinéa 2*a*): liberté de conscience et de religion

La position de l'appelant en ce qui a trait à l'al. 2*a*) est, je crois, fort restreinte. Il ne nie pas l'intérêt que peut avoir un gouvernement dans l'éducation de la jeunesse. L'appelant ne conteste pas le droit pour celui-ci de vérifier l'enseignement qu'il donne dans son école privée pour s'assurer qu'il est conforme aux normes gouvernementales. Ce qui le préoccupe, c'est uniquement le mécanisme juridique d'obtention d'une exemption de la fréquentation obligatoire de l'école pour ses enfants. Il doit présenter une demande d'exemption au conseil scolaire et c'est cela qui, prétend-il, porte atteinte à sa liberté de conscience et de religion. Il dit qu'il ne peut faire une telle demande parce qu'il croit que son droit et son devoir d'élever et d'éduquer ses enfants viennent de Dieu et que ce serait offenser sa conscience et ses convictions religieuses que de reconnaître le conseil scolaire, un organisme laïque, comme source de ce droit et de cette obligation. Reconnaître que le conseil peut lui permettre d'accomplir le devoir que Dieu lui a ordonné d'accomplir serait, fait-il valoir, reconnaître aussi l'inverse, c.-à-d., que le conseil peut de même lui refuser cette permission. Il ne peut en conscience reconnaître l'autorité du conseil à cet égard; aussi ne soumettra-t-il pas la requête nécessaire. Mais il ne s'oppose nullement à ce que le conseil procède, de sa propre initiative, à la vérification de son enseignement si tel est le vœu du conseil.

Les dispositions de la *School Act* relatives à la fréquentation scolaire obligatoire, dans leur ensemble, ne portent pas, à mon point de vue, atteinte à la liberté de conscience et de religion de l'appelant. Le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a décrit le cœur de cette liberté dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 336:

> Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des

without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination.

Courts in the United States have considered whether legislation which requires religious educational institutions to meet standards of efficient instruction violates religious guarantees. This issue has commonly been dealt with under the establishment clause in the United States constitution. Although the Canadian constitution does not have an establishment clause, the principles emerging from these cases may be of some assistance: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at pp. 339-41.

Under the establishment clause legislation has been held valid if it has a secular legislative purpose, if its primary effect is neither to advance nor inhibit religion and if it does not foster excessive "government entanglement" with religion: *Committee for Public Education and Religious Liberty v. Regan*, 444 U.S. 646 (1980) at p. 653. It is settled law in the United States that it is perfectly constitutional for the government to require religious schools to meet a specified standard of efficient instruction: *Board of Education of Central School District No. 1 v. Allen*, 392 U.S. 236 (1968) at p. 245; *Wolman v. Walter*, 433 U.S. 229 (1977) at p. 240; *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947) at p. 18. The U.S. Supreme Court has recognized that religious schools have two goals, religious instruction and secular education. Legislation demanding that private schools meet certain minimum educational standards has the secular purpose and effect of ensuring a knowledgeable and competent citizenry: *Board of Education of Central School District No. 1 v. Allen*, *supra*, at pp. 245-47. It is true that the United States Supreme Court has had some difficulty in determining precisely when the provision of state finances and services to religious schools has the effect of fostering the secular goal of an educated citizenry. For example, it has held that the state may provide bus transportation for children to religious schools (*Everson v. Board of Education*, *supra*); lend textbooks to religious schools (*Board of Education of Central School District No. 1 v. Allen*, *supra*); and reimburse religious schools for

croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation.

Les tribunaux américains se sont demandés si des lois qui obligent les institutions scolaires religieuses à se conformer à certaines normes d'enseignement violaient les garanties religieuses. Cette question a habituellement été traitée en regard de la clause d'établissement de la Constitution américaine. Quoique la Constitution canadienne ne comporte pas de clause d'établissement, les principes qui se dégagent de cette jurisprudence peuvent être utiles: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, aux pp. 339 à 341.

Selon la clause d'établissement, on a jugé valide la législation qui a un objet séculier, dont l'effet premier n'est ni de promouvoir ni d'entraver la religion et qui ne favorise pas une «ingérence gouvernementale» excessive dans la religion: *Committee for Public Education and Religious Liberty v. Regan*, 444 U.S. 646 (1980) à la p. 653. Il est de droit constant aux États-Unis qu'il est parfaitement constitutionnel pour un gouvernement d'obliger les écoles religieuses à se conformer à certaines normes précises d'enseignement: *Board of Education of Central School District No. 1 v. Allen*, 392 U.S. 236 (1968) à la p. 245; *Wolman v. Walter*, 433 U.S. 229 (1977) à la p. 240; *Everson v. Board of Education*, 330 U.S. 1 (1947) à la p. 18. La Cour suprême des États-Unis a reconnu que les écoles religieuses poursuivent deux buts: l'enseignement religieux et l'enseignement profane. La législation qui exige que les écoles privées se conforment à certaines normes d'éducation minimale a pour objet et effet séculiers d'assurer la formation de citoyens compétents et instruits: *Board of Education of Central School District No. 1 v. Allen*, précité, aux pp. 245 à 247. Il est vrai que la Cour suprême des États-Unis a éprouvé certaines difficultés à déterminer précisément à quel moment le financement et les services fournis par l'État aux écoles religieuses ont pour effet de favoriser l'objet séculier de bien former ses citoyens. Par exemple, il a été jugé que l'État peut fournir un transport scolaire par autobus aux élèves des écoles religieuses (*Everson v. Board of Education*, précité); prêter des livres de classe aux

expenses incurred in administering and scoring mandatory standarized educational achievement tests (*Committee for Public Education and Religious Liberty v. Regan, supra*). But it may not support the salaries of teachers in religious schools who supply secular teaching services (*Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971)). However, these issues are not before us to-day.

In my view, the *School Act* does not offend religious freedom; it accommodates it. It envisages the education of pupils at public schools, private schools, at home or elsewhere. The legislation permits the existence of schools such as the appellant's which have a religious orientation. It is a flexible piece of legislation which seeks to ensure one thing—that all children receive an adequate education. The appellant agrees with the need for an adequate education and that this includes instruction in subjects such as English, mathematics, social studies and science. Indeed, at trial he called a secular expert to prove that such instruction was being provided in his school. There is no conflict between what the legislation requires and what the appellant feels it is his duty to provide. True, he wishes to provide more, specifically religious guidance, but the legislation does not prohibit that. Nevertheless, the appellant states that the School Board policy of requiring an individual to make an application violates his s. 2(*a*) right. In other words, while the content of the legislation does not interfere with his religious freedom, the required act of conformity with it does.

I believe that the appellant must fail on this ground of appeal. It does not, in my view, offend the appellant's freedom of religion that he is required under the statute to recognize a secular role for the school authorities. And this is what it is. It would be strange indeed if, just because a school had a religious approach to education, it was free from inspection by those whose responsibility it was to ensure that the standards of secular education set by the Province were being met.

écoles religieuses (*Board of Education of Central School District No. 1 v. Allen*, précité); et rembourser aux écoles religieuses leurs dépenses d'administration et de correction d'examens normalisés obligatoires pour contrôler les résultats scolaires (*Committee for Public Education and Religious Liberty v. Regan*, précité). Cependant l'État ne peut défrayer les salaires des professeurs pour l'enseignement profane qu'ils donnent dans des écoles religieuses (*Lemon v. Kurtzman*, 403 U.S. 602 (1971)). Mais ce ne sont pas là des questions dont nous sommes saisis aujourd'hui.

À mon avis, la *School Act* ne porte pas atteinte à la liberté religieuse; elle compose avec elle. Elle envisage l'éducation des élèves dans les écoles publiques, les écoles privées, à la maison ou ailleurs. La Loi autorise des écoles, comme celle de l'appelant, qui ont une orientation religieuse. C'est une législation souple qui n'a qu'un seul but—que tous les enfants reçoivent un enseignement adéquat. L'appelant reconnaît la nécessité d'un enseignement adéquat, y compris un enseignement dans des matières comme l'anglais, les mathématiques, les sciences sociales et les sciences exactes. D'ailleurs, au procès, il a cité comme témoin un expert laïque pour démontrer qu'un tel enseignement était donné dans son école. Il n'y a pas conflit entre ce que requiert la Loi et ce que l'appelant estime de son devoir d'enseigner. Il désire, il est vrai, enseigner autre chose, plus précisément, une voie spirituelle, mais ce n'est pas interdit par la loi. Néanmoins, l'appelant dit que le conseil scolaire, par sa politique qui oblige un individu à faire une demande d'exemption, viole le droit que lui garantit l'al. 2*a*). En d'autres termes, même si le contenu de la Loi n'enfreint pas sa liberté religieuse, l'obligation de s'y conformer y contrevient.

Je crois que l'appelant doit être débouté sur ce moyen. Il n'y a pas, à mon avis, atteinte à la liberté de religion de l'appelant quand il est obligé, en vertu de la loi, de reconnaître un rôle séculier aux autorités scolaires. Et c'est de cela qu'il s'agit. Il serait curieux en effet si, uniquement parce qu'elle a adopté une démarche religieuse dans son enseignement, une école échappait à toute inspection de la part de ceux qui ont la responsabilité d'assurer que les normes de l'enseignement profane, fixées

This, however, is not really the appellant's position. He acknowledges the Board's interest; he simply states that to apply to it for an exemption offends his s. 2(*a*) right. I think he has failed to establish this. There are many institutions in our society which have both a civil and a religious aspect, e.g. marriage. A person's belief in the religious aspect does not free him of his obligation to comply with the civil aspect. No-one is asking the appellant to replace God with the School Board as the source of his right and his duty to educate his children. They are merely asking him to have the quality of his instruction approved by the secular authorities so that minimum standards may be maintained in all educational establishments in the Province.

In support of his submission that his s. 2(*a*) right is being violated, the appellant argues that the true purpose of the impugned legislation is to give the School Board absolute control over the education of children. This is clearly without merit. The legislation itself contemplates exemptions for the very thing the appellant is doing. The purpose of the legislation, in my view, is to ensure that children receive an adequate education, a purpose with which I believe the appellant is in full agreement. There is surely no inherent incompatibility between religious instruction and efficient instruction in secular subjects.

The appellant's real complaint, it seems to me, is effects-based rather than purpose-based. It is the effect of the statutory machinery for certification on his religious beliefs that he is concerned about and he points to this Court's decision in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, *supra*, at p. 331 as authority for the proposition that legislation may be invalidated if its effect is to violate a constitutional guarantee. However, even assuming that this legislation does affect the appellant's beliefs, which for the reasons given I doubt, not every effect of legislation on religious beliefs or practices is offensive to the constitutional guarantee of freedom of religion. Section 2(*a*) does not require the legislature to refrain from imposing any burdens on the

par la province, sont respectées. Ce n'est pas là cependant la véritable position de l'appelant. Il reconnaît ce droit au conseil; il dit simplement que demander une exemption porte atteinte au droit que lui confère l'al. 2*a*). Je crois qu'il n'est pas parvenu à le démontrer. Il existe un grand nombre d'institutions dans notre société qui possèdent un aspect tant civil que religieux, par exemple, le mariage. L'aspect religieux auquel on peut croire ne nous exempte pas de notre obligation de nous conformer à l'aspect civil. Personne ne demande à l'appelant de remplacer Dieu par le conseil scolaire comme source de son droit et devoir d'éduquer ses enfants. On lui demande simplement de faire approuver la qualité de son enseignement par les autorités séculières, afin que des normes minimales soient respectées dans tous les établissements d'enseignement de la province.

À l'appui de sa prétention que le droit que lui confère l'al. 2*a*) est violé, l'appelant soutient que le véritable objet de la loi en cause est de conférer au conseil scolaire un contrôle absolu sur l'éducation des enfants. Cette thèse est manifestement sans fondement. La Loi elle-même prévoit des exemptions précisément pour ce que fait l'appelant. L'objet de la Loi, à mon avis, est d'assurer que les enfants reçoivent un enseignement adéquat, un objet avec lequel, je crois, l'appelant est parfaitement d'accord. Il n'y a sûrement aucune incompatibilité intrinsèque entre un enseignement religieux et un enseignement approprié des matières profanes.

Ce dont l'appelant se plaint vraiment, me semble-t-il, ce sont des effets plutôt que de l'objet. C'est l'effet du mécanisme juridique d'accréditation sur ses croyances religieuses qui le préoccupe, aussi il invoque l'arrêt de cette Cour *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, précité, à la p. 331, comme fondement de la proposition selon laquelle une loi peut être invalidée si elle a pour effet de violer une garantie constitutionnelle. Toutefois, même en présumant que cette loi ait bien un effet sur les croyances de l'appelant, ce dont je doute pour les raisons que je viens de donner, ce ne sont pas tous les effets d'une loi sur les croyances ou les pratiques religieuses qui sont une atteinte à la garantie constitutionnelle conférée à la liberté de religion.

practice of religion. Legislative or administrative action whose effect on religion is trivial or insubstantial is not, in my view, a breach of freedom of religion. I believe that this conclusion necessarily follows from the adoption of an effects-based approach to the *Charter*. The U.S. Courts in determining constitutionality sometimes deny the relevance of effect. Thus, in the equal protection area they will look only to the legislative purpose when deciding whether the constitutional guarantee has been violated: *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976). However, in the area of freedom of religion, as noted earlier, if the effects of the legislation are unconstitutional, the legislation has been held to be unconstitutional: *Committee for Public Education and Religious Liberty v. Regan, supra.*

Having adopted the effects-based test however, the U.S. Supreme Court felt compelled to restrict its ambit. In *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961), the Court found that "if the State regulates conduct by enacting a general law within its power, the purpose and effect of which is to advance the State's secular goals, the statute is valid despite its indirect burden on religious observance" (p. 607). Although I do not adopt the U.S. Supreme Court's test of "indirect burden", I share the concern that motivated the test. To state that any legislation which has an effect on religion, no matter how minimal, violates the religious guarantee "would radically restrict the operating latitude of the legislature" (*Braunfeld v. Brown*, at p. 606). It is, of course, clearly arguable that under our constitution this kind of concern should be dealt with under s. 1 of our *Charter* rather than s. 2. However, as I stated in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441 at p. 489:

> The rights under the *Charter* not being absolute, their content or scope must be discerned quite apart from any limitation sought to be imposed upon them by the government under s. 1.

L'alinéa 2*a*) n'oblige pas le législateur à n'entraver d'aucune manière la pratique religieuse. L'action législative ou administrative dont l'effet sur la religion est négligeable, voire insignifiant, ne constitue pas à mon avis une violation de la liberté de religion. Je crois que cette conclusion découle obligatoirement de l'adoption d'une analyse de la *Charte* en fonction des effets. Les tribunaux américains, quand ils statuent sur la constitutionnalité, refusent parfois toute pertinence aux effets. Ainsi, dans le domaine de la garantie octroyée à l'égalité, ils ne rechercheront que l'objet de la loi pour décider si une garantie constitutionnelle a été violée: *Washington v. Davis*, 426 U.S. 229 (1976). Toutefois, en matière de liberté de religion, comme je l'ai déjà rappelé, lorsque les effets de la loi sont inconstitutionnels, la loi aussi a été jugée inconstitutionnelle: *Committee for Public Education and Religious Liberty v. Regan*, précité.

Ayant adopté un critère d'interprétation fondé sur les effets, la Cour suprême des États-Unis s'est sentie obligée cependant d'en limiter la portée. Dans l'arrêt *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961), elle a jugé que [TRADUCTION] «si l'État réglemente la conduite des gens par l'adoption d'une loi de portée générale relevant de sa compétence, qui a pour objet et pour effet de promouvoir les objectifs laïques de l'État, cette loi est valide même si elle entrave indirectement l'observance religieuse» (à la p. 607). Quoique je n'adopte pas le critère de la Cour suprême des États-Unis de «l'entrave indirecte», je partage la préoccupation qui l'a motivé. Dire que toute loi qui a un effet sur la religion, si minime soit-il, viole la garantie conférée à la religion [TRADUCTION] «limiterait radicalement la latitude opérationnelle du législateur» (*Braunfeld v. Brown*, à la p. 606). Il est bien sûr tout à fait soutenable qu'en vertu de notre Constitution une question de ce genre doive être traitée en regard de l'article premier de notre *Charte* plutôt que de son art. 2. Mais, comme je l'ai dit dans l'arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, à la p. 489:

> Comme les droits accordés par la Charte ne sont pas absolus leur contenu ou leur portée doit être cerné tout à fait indépendamment des limites que le gouvernement a cherché à leur imposer par l'article premier.

In my view, the appellant has failed to show any substantial impact of this legislation on his belief that God and not the state is the true source of authority over the education of his children. While the *School Act* makes no express reference to divine authority, it defers to parental authority by allowing home instruction and instruction in private schools, thereby accommodating the state purpose to the preferences of individual parents. It defers, in other words, to beliefs such as the appellant's. It recognizes the very values for which the appellant contends. If the statutory machinery has any impact at all on the appellant's freedom of conscience and religion which, for the reasons I have given, I doubt, it is an extremely formalistic and technical one. I do not believe, therefore, that it gives rise to a violation of s. 2(*a*) of the *Charter*.

If I am correct in my conclusion, then it is not necessary for me to consider the application of s. 1. However, I would like to say a brief word about it because, unlike my colleague, I do not believe that the *School Act* can be saved by s. 1 if it does in fact violate s. 2(*a*). While there can be no doubt that the province has a compelling interest in education, more than this is required under s. 1. There has to be a form of proportionality between the means employed and the end sought to be achieved. In particular, the means employed must impair as little as possible the right or freedom in issue: *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. The government adduced no evidence to establish that having the parent apply for a certificate was the least drastic means of ensuring that their children were receiving efficient instruction. The legislature, for example, could clearly have given the education authorities the power to inspect on their own initiative. I do not believe, therefore, that the government has discharged its burden under s. 1.

Section 7: The Right to Liberty

The appellant made a number of submissions in an effort to persuade the Court that his s. 7 right was violated by the impugned sections. He asserts

À mon avis, l'appelant n'est pas parvenu à démontrer que cette loi ait eu quelque effet important sur sa croyance que Dieu, et non l'État, est la source véritable de son autorité sur l'éducation de ses enfants. Si la *School Act* ne fait aucune référence expresse à l'autorité divine, elle reconnaît néanmoins l'autorité parentale quand elle autorise l'enseignement à la maison et dans des écoles privées, accommodant ainsi la fin recherchée par l'État aux préférences des divers parents. Elle se plie, en d'autres termes, à des croyances comme celles de l'appelant. Elle reconnaît les valeurs mêmes que prétend soutenir l'appelant. Si ce mécanisme légal a quelque effet sur la liberté de conscience et de religion de l'appelant, ce dont, pour les raisons que j'ai données, je doute, il n'en a que d'un point de vue tout à fait formel, voire formaliste. Je ne crois pas, donc, que cela constitue une violation de l'al. 2*a*) de la *Charte*.

Si ma conclusion est fondée, il ne m'est pas nécessaire de rechercher si l'article premier s'applique. Toutefois j'aimerais en traiter rapidement car, contrairement à mon collègue, je ne crois pas que la *School Act* puisse être sauvegardée par l'article premier si effectivement elle viole l'al. 2*a*). Certes, il ne peut y avoir de doute que la province possède un intérêt impérieux en matière d'éducation, mais il faut plus que cela en vertu de l'article premier. Il faut qu'il y ait une forme de proportionnalité entre les moyens employés et la fin recherchée. Notamment, les moyens employés doivent porter atteinte aussi peu que possible aux droits ou à la liberté en cause: *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Le gouvernement n'a produit aucune preuve qui démontre qu'obliger les parents à demander une accréditation soit le moyen le moins draconien d'assurer que leurs enfants reçoivent un enseignement approprié. Le législateur, par exemple, aurait bien pu conférer aux autorités scolaires le pouvoir de procéder à une inspection de leur propre initiative. Je ne crois donc pas que le gouvernement se soit acquitté de son obligation de preuve en regard de l'article premier.

L'article 7: le droit à la liberté

L'appelant a fait valoir plusieurs arguments afin de persuader la Cour que les articles en cause violent le droit que lui garantit l'art. 7. Il se

that he is being deprived of his right to bring up and educate his children as he sees fit which, he says, is part of "liberty" under s. 7. Moreover, he says that he is being deprived of this right in a way that offends the principles of fundamental justice. The core of his argument under s. 7 has to do with fundamental justice in the procedural rather than the substantive sense. Section 143(1)(a), he points out, establishes only one mechanism for proving that a pupil is receiving efficient instruction (and hence is exempt from attending public school) — a certificate from an education official. Without such a certificate a parent has no legal right to educate his children. The appellant sees no reason why there should be only one mechanism for proving efficient instruction. Yet this has been held to be the effect of the statute; the production of a certificate is the only answer to a charge under s. 180(1) of the Act: *R. ex rel Brooks v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1 (Alta. C.A.) The interaction of these two sections, the appellant argues, prevents him from making full answer and defence to a charge under s. 180. He sees no reason why he should not be able to establish through other appropriate evidence led at trial that the quality of education he is providing for his children is as good, if not better, than that being provided in the public school system. To the extent that the exclusive nature of the proof under s. 143(1) of the Act precludes this, the appellant alleges that it violates his s. 7 right, cannot be saved by s. 1, and must be declared of no force and effect under s. 52.

The appellant's submission under s. 7, as he sees it, gains additional force from his submission under s. 2(*a*) that the one statutory route which is available is not available to him because it violates his freedom of conscience and religion. The two submissions in his mind are clearly related. Be that as it may, I have concluded that s. 143(1) does not violate his s. 2(*a*) right. Does it violate his s. 7 right?

The first hurdle the appellant must overcome on this submission is, I believe, to persuade the Court

prétend privé de son droit d'élever et d'éduquer ses enfants comme il l'entend, ce qui, dit-il, fait partie de sa «liberté» aux termes de l'art. 7. De plus, il se dit privé de ce droit d'une manière qui enfreint les principes de justice fondamentale. Essentiellement, son argument fondé sur l'art. 7 touche à la justice fondamentale du point de vue de la procédure plutôt que du fond. L'alinéa 143(1)a), rappelle-t-il, n'établit qu'un seul mode de preuve pour démontrer qu'un élève reçoit un enseignement approprié (et donc qu'il peut être exempté de la fréquentation de l'école publique)—le certificat que délivre un fonctionnaire de l'éducation. Sans ce certificat, les parents n'ont pas le droit, aux yeux de la loi, d'instruire leurs enfants. L'appelant ne voit aucune raison justifiant qu'il n'y ait qu'un seul mode de preuve d'un enseignement approprié. Et pourtant il a été jugé que tel était l'effet de la Loi; la production du certificat est la seule défense lorsqu'on est accusé en vertu du par. 180(1) de la Loi: *R. ex rel Brooks v. Ulmer*, [1923] 1 W.W.R. 1 (C.A. Alb.) Le jeu de ces deux articles, soutient l'appelant, l'empêche de faire valoir une défense pleine et entière à une accusation fondée sur l'art. 180. Il ne voit pas pourquoi il n'aurait pas le droit de démontrer par d'autres preuves appropriées, produites au procès, que la qualité de l'enseignement qu'il donne à ses enfants est aussi bonne, sinon meilleure, que celle qui est offerte dans le réseau des écoles publiques. Dans la mesure où la nature exclusive du mode de preuve prévu au par. 143(1) de la Loi l'interdit, l'appelant prétend que le paragraphe viole le droit que lui garantit l'art. 7, qu'il ne saurait être sauvegardé par l'effet de l'article premier et qu'il doit être déclaré inopérant en raison de l'art. 52.

Le moyen que l'appelant fonde sur l'art. 7, tel qu'il le conçoit, se trouve renforcé par celui qu'il fonde sur l'al. 2*a*), savoir qu'il ne peut emprunter la seule voie légale offerte parce qu'elle enfreint sa liberté de conscience et de religion. Les deux moyens sont clairement liés dans son esprit. Quoi qu'il en soit, j'ai conclu que le par. 143(1) ne viole pas le droit que lui confère l'al. 2*a*). Viole-t-il le droit que lui confère l'art. 7?

Le premier obstacle que rencontre l'appelant à cet égard est, je pense, qu'il lui faut persuader la

that his right to "liberty" under s. 7 includes his right to bring up and educate his children. Are parental rights encompassed by the word "liberty" in the section?

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: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177 at p. 205; *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486. In *Re B.C. Motor Vehicle Act* none of the parties disputed that imprisonment deprived an individual of his liberty so further elucidation of the concept was unnecessary. Some have suggested that the terms "life, liberty and security of the person" refer to one's physical being and therefore guarantee only freedom from physical harm or restraint: *The Queen v. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 F.C. 745 (C.A.), *per* Pratte J., aff'd on other grounds *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, *supra*; *Horbas v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 2 F.C. 359 (T.D.); *Parkdale Hotel Ltd. v. Canada (Attorney General)*, [1986] 2 F.C. 514 (T.D.), *per* Joyal J.; *Groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario v. Canadian Chicken Marketing Agency*, [1985] 1 F.C. 280 (T.D.); Patrice Garant, "Fundamental Freedoms and Natural Justice (Section 7)" in Tarnopolsky and Beaudoin eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982). My own view is that this is much too niggardly an interpretation of a document proclaiming the fundamental rights and freedoms of the citizen. Liberty is a phrase capable of a broad range of meaning: *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, *supra*. Certainly, it was given a generous interpretation by the United States Supreme Court in *Meyer v. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), where it was said at p. 399:

Without doubt, it denotes not merely freedom from bodily restraint but also the right of the individual to contract, to engage in any of the common occupations of life, to acquire useful knowledge, to marry, to establish a home and bring up children, to worship God according to the dictates of his own conscience, and generally to

Cour que son droit à la «liberté», aux termes de l'art. 7, inclut son droit d'élever et d'éduquer ses enfants. Les droits des parents sont-ils englobés dans le terme «liberté» à cet article?

Il incombe à la Cour de donner un sens à chacun des éléments, la vie, la liberté et la sécurité de la personne qui constituent le droit conféré par l'art. 7: *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177 à la p. 205; *Renvoi sur la Motor Vehicule Act (C.-B.)*, [1985] 2 R.C.S. 486. Dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, aucune des parties n'a contesté qu'une peine de prison privait l'individu de sa liberté, de sorte qu'un éclaircissement plus approfondi de la notion n'était pas nécessaire. Certains croient voir dans les termes «la vie [. . .] la liberté et [. . .] la sécurité de sa personne» une référence à l'état physique, aussi ne serait garantie que la liberté d'être indemne de tout préjudice ou entrave physique: *La Reine c. Operation Dismantle Inc.*, [1983] 1 C.F. 745 (C.A.), le juge Pratte, confirmé pour d'autres motifs *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, précité; *Horbas c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 2 C.F. 359 (D.P.I.); *Parkdale Hotel Ltd. c. Canada (Procureur général)*, [1986] 2 C.F. 514 (D.P.I.) le juge Joyal; *Groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario c. Office canadien de commercialisation des poulets*, [1985] 1 C.F. 280 (D.P.I.); Patrice Garant, «Libertés fondamentales et justice naturelle (article 7)», Beaudoin et Tarnopolsky éd., dans *Charte canadienne des droits et libertés* (1982). Quant à moi, c'est là une interprétation par trop mesquine d'un document qui proclame les droits et libertés fondamentaux du citoyen. Le terme liberté est susceptible d'une acception fort large: *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, précité. Manifestement, la Cour suprême des États-Unis lui a donné une interprétation généreuse dans son arrêt *Meyer v. State of Nebraska*, 262 U.S. 390 (1923), où il est dit, à la p. 399:

[TRADUCTION] Ce terme s'entend sans aucun doute non seulement de l'absence de contrainte physique mais également du droit des particuliers de contracter, de vaquer aux occupations ordinaires de la vie, d'acquérir des connaissances utiles, de se marier, de fonder un foyer et d'élever des enfants, d'adorer Dieu selon sa

enjoy those privileges long recognized . . . as essential to the orderly pursuit of happiness by free men.

In like vein, in *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), the Supreme Court affirmed that "liberty" was "a broad and majestic term" and that "In a Constitution for a free people there can be no doubt that the meaning of 'liberty' must be broad indeed" (p. 572).

In deciding what rights are included in the definition of liberty, it is helpful, therefore, to remind ourselves that liberty in our *Charter* means liberty as understood and enjoyed in a free and democratic society. Dickson C.J. had occasion, in interpreting s. 1, to make the following comment:

The Court must be guided by the values and principles essential to a free and democratic society which I believe embody, to name but a few, respect for the inherent dignity of the human person, commitment to social justice and equality, accommodation of a wide variety of beliefs, respect for cultural and group identity, and faith in social and political institutions which enhance the participation of individuals and groups in society.

(*R. v. Oakes*, *supra*, at p. 136.)

I believe that the framers of the Constitution in guaranteeing "liberty" as a fundamental value in a free and democratic society had in mind the freedom of the individual to develop and realize his potential to the full, to plan his own life to suit his own character, to make his own choices for good or ill, to be non-conformist, idiosyncratic and even eccentric — to be, in to-day's parlance, "his own person" and accountable as such. John Stuart Mill described it as "pursuing our own good in our own way". This, he believed, we should be free to do "so long as we do not attempt to deprive others of theirs or impede their efforts to obtain it". He added:

Each is the proper guardian of his own health, whether bodily *or* mental and spiritual. Mankind are greater gainers by suffering each other to live as seems good to

conscience et, en général, de jouir des privilèges reconnus depuis longtemps [. . .] comme étant essentiels à la poursuite du bonheur par les hommes libres.

Dans la même veine, dans l'arrêt *Board of Regents of State Colleges v. Roth*, 408 U.S. 564 (1972), la Cour suprême affirme que la «liberté» est [TRADUCTION] «un terme large et majestueux» et que [TRADUCTION] «Dans la Constitution d'un peuple libre, il ne peut y avoir de doute que l'acception du terme «liberté» doit être large» (p. 572).

Pour décider quels droits englobe la définition du terme liberté, il est donc utile de se rappeler que la liberté, dans notre *Charte*, signifie la liberté telle qu'on l'entend et telle qu'on en jouit dans une société libre et démocratique. Le juge en chef Dickson, interprétant l'article premier, a eu l'occasion de faire le commentaire suivant:

Les tribunaux doivent être guidés par des valeurs et des principes essentiels à une société libre et démocratique, lesquels comprennent, selon moi, le respect de la dignité inhérente de l'être humain, la promotion de la justice et de l'égalité sociales, l'acceptation d'une grande diversité de croyances, le respect de chaque culture et de chaque groupe et la foi dans les institutions sociales et politiques qui favorisent la participation des particuliers et des groupes dans la société.

(*R. c. Oakes*, précité, à la p. 136.)

Je crois que les rédacteurs de la Constitution en garantissant la «liberté» en tant que valeur fondamentale d'une société libre et démocratique, avaient à l'esprit la liberté pour l'individu de se développer et de réaliser son potentiel au maximum, d'établir son propre plan de vie, en accord avec sa personnalité; de faire ses propres choix, pour le meilleur ou pour le pire, d'être non conformiste, original et même excentrique, d'être, en langage courant, «lui-même» et d'être responsable en tant que tel. John Stuart Mill décrit cela ainsi: [TRADUCTION] «rechercher notre propre bien, à notre façon». Nous devrions, pensait-il, être libre de le faire «dans la mesure où nous ne tentons pas de priver les autres du leur, ni d'entraver leurs efforts pour y parvenir». Il ajoutait:

[TRADUCTION] Chacun est le véritable gardien de sa propre santé, tant physique que mentale et spirituelle. L'humanité a plus à gagner à laisser chacun vivre

themselves than by compelling each to live as seems good to the rest.

(J. S. Mill, *On Liberty*, ed. by Elizabeth Rapaport, Indianapolis, Hackett Publishing Co., 1978, at p. 12).

Of course, this freedom is not untrammelled. We do not live in splendid isolation. We live in communities with other people. Collectivity necessarily circumscribes individuality and the more complex and sophisticated the collective structures become, the greater the threat to individual liberty in the sense protected by s. 7.

Section 7 does not spell out for us when individual liberty must yield to the collective authority of the state. It does, however, provide that no-one can be deprived of it "except in accordance with the principles of fundamental justice." This, the appellant says, is what has happened to him. He has exercised his freedom as a parent to choose whether his children attend public school or receive private instruction. He has chosen the latter and is ready, willing and able to show that his instruction meets the School Board's standard of efficiency. But he is prevented from doing so because the state has provided that there is only one way you can do this — by a certificate under s. 143(1) of the Act which he does not have.

I should perhaps make clear at this point that while I accept the appellant's submission that the liberty interest under s. 7 includes the right as a parent to bring up and educate one's children, I do not agree with him that it is the right to bring up and educate one's children "as one sees fit". I believe that is too extravagant a claim. He has the right, I believe, to raise his children in accordance with his conscientious beliefs. The relations of affection between an individual and his family and his assumption of duties and responsibilities towards them are central to the individual's sense of self and of his place in the world. The right to educate his children is one facet of this larger concept. This has been widely recognized. Article 8(1) of the *European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Free-*

comme cela lui semble bon, qu'à forcer chacun à vivre comme cela semble bon aux autres.

(J. S. Mill, *On Liberty*, ed. by Elizabeth Rapaport, Indianapolis, Hackett Publishing Co., 1978, à la p. 12).

Bien entendu, cette liberté n'est pas sans entrave. Nous ne vivons pas dans un splendide isolement. Nous vivons en collectivité, avec d'autres gens. La collectivité restreint nécessairement l'individualité, et plus complexes et sophistiquées deviennent les structures collectives, plus est menacée la liberté individuelle, dans l'acception que protège l'art. 7.

L'article 7 ne nous dit pas à quel moment la liberté individuelle doit céder devant l'autorité collective de l'État. Il dispose cependant qu'on ne peut y porter atteinte «qu'en conformité avec les principes de justice fondamentale». C'est là justement, prétend l'appelant, ce qui lui arrive. Il a exercé sa liberté parentale de choisir pour ses enfants entre la fréquentation de l'école publique et l'enseignement privé. Il a choisi ce dernier et il dit accepter de démontrer le vouloir et le pouvoir, que son enseignement se conforme à la norme qualitative du conseil scolaire. Mais il lui est interdit de le faire, parce que l'État a prévu qu'il n'y aurait qu'une seule façon de le faire — par un certificat délivré en conformité du par. 143(1) de la Loi, certificat qu'il n'a pas obtenu.

Je devrais peut-être dire clairement à ce stade-ci que, bien que j'accepte l'argument de l'appelant que l'intérêt protégé en matière de liberté aux termes de l'art. 7 inclut le droit des parents d'élever et d'éduquer leurs enfants, je ne suis pas d'accord avec lui pour dire qu'il s'agit du droit d'éduquer et d'élever les enfants [TRADUCTION] «comme on l'entend». Je crois que c'est là une prétention extravagante. Il a le droit, je crois, d'élever ses enfants conformément à sa conscience et à ses croyances. L'affection qui lie l'individu à sa famille et les obligations et responsabilités qu'il assume envers elle sont au cœur de son individualité et de son rôle dans le monde. Le droit d'éduquer ses enfants est une facette de ce concept plus large. Cela a été largement reconnu. Le paragraphe 8(1) de la *Convention européenne de sauve-*

doms, 213 U.N.T.S. 222 (1950), states in part "Everyone has the right to respect for his private and family life . . . ." Particularly relevant to the appellant's claim is Article 2 of Protocol No. 1 of the Convention:

> No person shall be denied the right to education. In the exercise of any functions which it assumes in relation to education and to teaching, the State shall respect the right of parents to ensure such education and teaching in conformity with their own religious and philosophical convictions.

Similarly, in the United States the constitutionally protected status of family relations has been recognized: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944) at p. 166; *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973) at p. 66, n. 13. Further, the court has specifically protected the right of the parent to educate the child: *Meyer v. State of Nebraska*, *supra*; *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972). However, the appellant's proposition that he has a right to educate his children "as he sees fit" goes too far. Having regard to the structure of the Constitution and the values it explicitly identifies as worthy of protection, I believe that the liberty interest protected is the parent's right to educate his children in accordance with his conscientious beliefs and I think this is in fact the right the appellant is asserting in this case.

The next question then is whether s. 143(1) impairs the appellant's s. 7 right and, if so, does it do so in accordance with the principles of fundamental justice? The appellant submits that the legislation does impair his right to bring up and educate his children in accordance with his conscientious beliefs because it provides that he cannot do so without obtaining a certificate from the school authorities. Liberty is not liberty if it requires permission. Moreover, he submits, the only purpose of the certificate is to establish that his children are under efficient instruction and there is obviously more than one way to do this. Why is it necessary for the legislature to stipulate only one way?

garde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, 213 R.T.N.U. 223 (1950), dit que «Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale . . . » Est particulièrement pertinent à ce que prétend l'appelant l'article 2 du Premier Protocole de la Convention:

> Nul ne peut se voir refuser le droit à l'instruction. L'État, dans l'exercice des fonctions qu'il assumera dans le domaine de l'éducation et de l'enseignement, respectera le droit des parents d'assurer cette éducation et cet enseignement conformément à leurs convictions religieuses et philosophiques.

De même, aux États-Unis, le statut constitutionnalisé des relations familiales a été reconnu: *Griswold v. Connecticut*, 381 U.S. 479 (1965); *Prince v. Massachusetts*, 321 U.S. 158 (1944) à la p. 166; *Paris Adult Theatre I v. Slaton*, 413 U.S. 49 (1973) à la p. 66, n. 13. De plus, la cour a expressément protégé le droit des parents d'éduquer leurs enfants: *Meyer v. State of Nebraska*, précité; *Pierce v. Society of Sisters*, 268 U.S. 510 (1925); *Wisconsin v. Yoder*, 406 U.S. 205 (1972). Toutefois la prétention de l'appelant, qu'il a le droit d'éduquer ses enfants [TRADUCTION] «comme il l'entend» va trop loin. Compte tenu de la structure de la Constitution et des valeurs explicitement reconnues comme méritant protection, je crois que l'intérêt en matière de liberté qui est protégé est le droit des parents d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances et je pense que c'est en fait ce droit que l'appelant fait valoir en l'espèce.

La question suivante est donc de savoir si le par. 143(1) porte atteinte au droit de l'appelant que garantit l'art. 7 et, dans ce cas, si cela se fait conformément aux principes de justice fondamentale. L'appelant soutient que la Loi porte effectivement atteinte à son droit d'élever et d'éduquer ses enfants conformément à sa conscience et à ses croyances parce qu'elle prévoit qu'il ne le peut sans obtenir un certificat des autorités scolaires. La liberté n'est plus la liberté s'il faut obtenir une permission. En outre, fait-il valoir, l'unique objet du certificat est d'établir que ses enfants reçoivent un enseignement approprié, or cela peut être manifestement démontré de plus d'une façon. Pourquoi est-il nécessaire que le législateur n'énonce qu'une seule façon?

It is, I believe, important in considering the appellant's submissions under s. 7 of the *Charter* to note that two distinct consequences flow from the failure to obtain a certificate. The first is that the parent loses the right to educate his children in accordance with his conscientious beliefs. This is the main consequence and it is appropriate for the appellant to stress it in attacking the constitutionality of the impugned provisions. The second consequence is that it exposes him to a charge as a "truant parent" under s. 180 of the Act which could result in loss of his physical liberty for non-payment of fines. The loss of physical liberty is clearly encompassed by liberty: *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*, and it is in respect of this interest that the appellant advances most strenuously his right to make full answer and defence.

Accepting then that the appellant's liberty interests are impaired by the legislation, has this impairment occurred in accordance with the principles of fundamental justice? The combined effect of ss. 143(1) and 180 is that the appellant is precluded at trial from introducing any evidence of efficient instruction other than the certificate. This, he submits, prevents him from making full answer and defence to the charge.

This Court had the opportunity to consider the content of the phrase "in accordance with principles of fundamental justice" in *Re B.C. Motor Vehicle Act*, *supra*. Lamer J. wrote at p. 503:

> ... 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.

He noted further at p. 512:

> ... 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 a belief in the dignity and worth of the human person and the rule of law.

Il est, je pense, important, quand on examine les arguments de l'appelant fondés sur l'art. 7 de la *Charte*, de se rappeler que deux conséquences distinctes découlent de l'absence de certificat. La première est que les parents perdent leur droit d'éduquer leurs enfants conformément à leur conscience et à leurs croyances. C'est la conséquence principale, aussi était-il légitime que l'appelant la souligne dans sa contestation de la constitutionnalité des dispositions en cause. La seconde conséquence est qu'il s'expose à une inculpation à titre de «parent ne respectant pas la fréquentation scolaire», aux termes de l'art. 180 de la Loi, ce qui pourrait avoir pour résultat la perte de sa liberté physique en cas de refus de paiement des amendes. La perte de la liberté physique manifestement incluse dans la liberté: *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité, et c'est à cet égard que l'appelant fait valoir avec le plus d'acharnement son droit à une défense pleine et entière.

Donc si l'on accepte que la Loi porte atteinte aux intérêts de l'appelant en matière de liberté, cette atteinte se produit-elle conformément aux principes de justice fondamentale? Par le jeu combiné du par. 143(1) et de l'art. 180, il est interdit à l'appelant de produire en justice d'autres preuves d'un enseignement approprié que le certificat. Ceci, fait-il valoir, le prive d'une défense pleine et entière à l'accusation.

Cette Cour a déjà eu à statuer sur le sens de l'expression «en conformité avec les principes de justice fondamentale» dans le *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)*, précité. Le juge Lamer écrit, à la p. 503:

> ... 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.

Il note de plus, à la p. 512:

> ... 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.

The content of the phrase "principles of fundamental justice" remains to be elaborated. Although it may not include all the procedural protections embraced by the phrase "natural justice" at common law, it certainly embraces the notion of procedural fairness articulated by Fauteux C.J. in *Duke v. The Queen*, [1972] S.C.R. 917. At page 923 he said:

> Under s. 2(*e*) of the *Bill of Rights* no law of Canada shall be construed or applied so as to deprive him of "a fair hearing in accordance with the principles of fundamental justice." 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 to adequately state his case.

In my view, ss. 143(1) and 180(1) do not give the appellant the opportunity to adequately state his case. Restricting proof of efficient instruction to the introduction of the certificate is an evidentiary limitation. It is a clog on the unimpeded conduct of defence by counsel. It prevents the introduction of evidence that is relevant to the case. It was this injustice that led the trial judge in this case to regard the legislation as in violation of s. 7. I respectfully agree with him.

It is now necessary to turn to the application of s. 1. I have elsewhere indicated my opinion that a violation of an individual's rights under s. 7 by legislation which offends the principles of fundamental justice cannot be either reasonable or justified in a free and democratic society: *Re B.C. Motor Vehicle Act*. Assuming, however, that I am wrong in this, the government, in my view, has failed to justify the violation under s. 1. As was noted in *R. v. Oakes*, *supra*, at p. 136, a "stringent standard of justification" lies on the government seeking to uphold the limitation. The government has put forward no justification for the one exclusive means of establishing efficient instruction. They have proffered no argument as to why exclusivity is necessary to achieve the province's objective of insuring adequate instruction for its children. Indeed, as is pointed out by the appellant, the provisions of the school acts of three

Le contenu de l'expression «principes de justice fondamentale» reste à élaborer. Il se peut qu'elle n'inclue pas toutes les garanties procédurales qu'englobe l'expression «justice naturelle» en *common law*, mais elle englobe certainement la notion d'équité dans la procédure élaborée par le juge en chef Fauteux dans l'arrêt *Duke c. La Reine*, [1972] R.C.S. 917. À la page 923, il dit:

> En vertu de l'art. 2*e*) de la *Déclaration des droits*, aucune loi du Canada ne doit s'interpréter ni s'appliquer de manière à le priver d'une «audition impartiale de sa cause selon les principes de justice fondamentale». 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.

Selon moi, les par. 143(1) et 180(1) ne donnent pas à l'appelant l'occasion d'exposer adéquatement sa cause. Limiter la preuve d'un enseignement approprié à la production d'un certificat est une restriction à la preuve. C'est une entrave à la liberté de l'avocat de mener la défense à sa guise. Cela empêche de produire des preuves qui sont pertinentes. C'est cette injustice qui a amené le juge de première instance en l'espèce à voir dans la Loi une violation de l'art. 7. C'est aussi mon humble avis.

Il est maintenant nécessaire d'en venir à l'application de l'article premier. J'ai déjà indiqué ailleurs qu'à mon avis une violation du droit individuel que garantit l'art. 7 par une loi qui enfreint les principes de justice fondamentale ne peut être ni raisonnable ni justifiée dans une société libre et démocratique: *Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)* Présumant cependant que j'aie tort, le gouvernement n'est pas, à mon avis, parvenu à justifier cette violation en vertu de l'article premier. Comme l'a souligné l'arrêt *R. c. Oakes*, précité, à la p. 136, une «norme sévère en matière de justification» s'applique au gouvernement qui veut obtenir la validation d'une restriction. Le gouvernement n'a rien fait valoir qui justifie l'exclusivité du mode de preuve d'un enseignement approprié. Il n'a fait valoir aucun argument expliquant pourquoi ce mode exclusif est nécessaire pour atteindre l'objectif de la province: assurer

provinces, British Columbia, Ontario and Quebec, and one territory, the Northwest Territories, all permit the issue of efficient instruction to be decided on evidence in court: *School Act*, R.S.B.C. 1979, c. 375, s. 113(2)(a); *Education Act*, R.S.O. 1980, c. 129, s. 20(2)(*a*); *Education Act*, R.S.Q. 1977, c. I-14, s. 257(2); *School Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, c. S-3, s. 112(*a*). The respondent has failed to discharge its burden under s. 1. I would conclude therefore that the appellant's s. 7 right is violated by s. 143(1) and that the section is not saved by s. 1. I do not find it necessary to decide whether the impairment of the right violates the principles of fundamental justice absent s. 180 because of the conclusion I have reached on the combined effect of ss. 143(1) and 180.

I would like to address one further point which was clearly a matter of concern to the Court of Appeal. It found that the appellant, not having been denied a certificate under s. 143(1), was not entitled to raise the validity of the legislation "in the abstract". If I understand the Court's thinking correctly, it seems to be that no relief can be given under s. 24(1) on the basis of the invalidity of the legislation *per se* but only on the basis of some action taken under it. While the appellant could have claimed relief by way of the prerogative writs if he had been denied a certificate, the validity of the legislation can only be brought in issue through a constitutional reference or an application for a declaratory judgment.

With respect, I think the Court must be in error in this regard. A remedy must be available under s. 24(1) if legislation is found under s. 52(1) to be inconsistent with the provisions of the Constitution. More specifically, relief must be available at the behest of a person with *locus standi* if he can show that the legislation *per se* violates his rights in that it precludes him from doing something he is entitled to do, in this case adduce his own defence

qu'un enseignement adéquat est donné aux enfants. D'ailleurs, comme l'a fait remarquer l'appelant, les législations scolaires de trois provinces, la Colombie-Britannique, l'Ontario et le Québec, et d'un territoire, les territoires du Nord-Ouest, autorisent toutes une décision sur la qualité de l'enseignement fondée sur les preuves produites devant un tribunal: *School Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 375, al. 113(2)a); *Loi sur l'éducation*, L.R.O. 1980, chap. 129, al. 20(2)*a*); *Loi sur l'instruction publique*, L.R.Q. 1977, chap. I-14, par. 257(2); *School Ordinance*, R.O.N.W.T. 1974, chap. S-3, al. 112*a*). L'intimée ne s'est pas acquittée de sa charge en vertu de l'article premier. Je suis donc d'avis d'en conclure que le droit que confère l'art. 7 à l'appelant a été enfreint par le par. 143(1) et que ce paragraphe ne peut être sauvegardé par l'article premier. Je ne juge pas nécessaire de statuer sur une éventuelle violation des principes de justice fondamentale pour atteinte à ce droit indépendamment de l'art. 180, vu ma conclusion quant à l'effet produit par le jeu du par. 143(1) et de l'art. 180.

J'aimerais examiner un autre point qui a manifestement préoccupé la Cour d'appel. Elle a jugé que, comme l'appelant ne s'était pas vu refuser un certificat en vertu du par. 143(1), il n'était pas en droit de soulever la validité de la Loi [TRADUCTION] «dans l'abstrait». Si je comprends bien la pensée de la cour, il semblerait qu'aucun recours ne pourrait être exercé en vertu du par. 24(1) sur le fondement d'une invalidité législative en soi, mais uniquement sur le fondement d'un acte accompli en vertu de celle-ci. L'appelant aurait pu avoir recours aux brefs de prérogative s'il s'était vu refuser un certificat, mais la validité de la Loi ne pourrait être mise en cause que par renvoi constitutionnel ou demande de jugement déclaratoire.

Avec égards pour la Cour d'appel, je crois qu'elle a tort sur ce point. Il y a lieu à recours sur le fondement du par. 24(1) si la loi est jugée, en vertu du par. 52(1), incompatible avec les dispositions de la Constitution. Plus exactement, dispose d'un recours celui qui a qualité pour agir, s'il peut démontrer que la Loi, en elle-même, viole ses droits, lui interdisant de faire ce qu'il a le droit de faire, en l'espèce, produire ses propres preuves en

evidence to a charge levelled against him. Since he is the subject of the charge and the issue is being raised in the context of the lawsuit, there can surely be no issue as to his *locus standi*. Perhaps what the Court had in mind was that a person who has been refused a certificate would present a better case to the Court: *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575, *per* Martland J., at pp. 596-97. Lieberman J.A. does not say that this was the Court's concern but, if it was, I would certainly not foreclose the appellant on that account.

I would allow the appeal, set aside the conviction entered by the Court of Appeal for Alberta and restore the acquittal of the appellant made by the learned trial judge. I would answer the constitutional question as follows:

Question: Whether ss. 142, 143 and 180 of the *School Act*, R.S.A., 1980, c. 3, are inconsistent with s. 2(*a*) or s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore of no force or effect to the extent of the inconsistencies pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*?

Answer: Sections 142, 143 and 180 of the *School Act*, R.S.A. 1980, c. 3, are not inconsistent with s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. Those sections are, however, inconsistent with s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and therefore of no force and effect to the extent of the inconsistencies pursuant to s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*.

Appeal dismissed, WILSON J. *dissenting*.

Solicitors for the appellant: Foster, Wedekind, Calgary.

Solicitor for the respondent: William Henkel, Edmonton.

défense à l'accusation portée contre lui. Comme il fait l'objet d'une inculpation et que la question se pose dans le cadre d'une poursuite judiciaire, il ne peut sûrement se poser aucune question quant à sa qualité pour agir. Il se peut que ce que la cour avait à l'esprit, c'est que celui à qui on a refusé un certificat a une meilleure cause devant le tribunal: *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575, le juge Martland, aux pp. 596 et 597. Le juge Lieberman de la Cour d'appel ne dit pas que c'était la préoccupation de la cour mais, si c'était le cas, je ne débouterais certainement pas l'appelant pour ce motif.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer la déclaration de culpabilité prononcée par la Cour d'appel de l'Alberta et de rétablir l'acquittement de l'appelant prononcé par le savant juge du procès. Je suis d'avis de répondre aux questions constitutionnelles comme il suit:

Question: Les articles 142, 143 et 180 de la *School Act*, R.S.A. 1980, chap. 3, sont-ils incompatibles avec l'al. 2*a*) ou l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, inopérants en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Les articles 142, 143 et 180 de la *School Act*, R.S.A., 1980, chap. 3, ne sont pas incompatibles avec l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Ces articles sont néanmoins incompatibles avec l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et donc inopérants dans cette mesure conformément au par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*.

Pourvoi rejeté, le juge WILSON *est dissidente.*

Procureurs de l'appelant: Foster, Wedekind, Calgary.

Procureur de l'intimée: William Henkel, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Ontario: Archie Campbell, Toronto.

Solicitors for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Reinhold Endres and Alison Scott, Halifax.

Procureur de l'intervenant le procureur général de l'Ontario: Archie Campbell, Toronto.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Reinhold Endres et Alison Scott, Halifax.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 3, 1986 Vol. 2

3e cahier, 1986 Vol. 2

Cited as [1986] 2 S.C.R. 327-457

Renvoi [1986] 2 R.C.S. 327-457

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

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, 1986.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

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, 1986.

CONTENTS

Canada (Attorney General) *v.* Valois **439**

Unemployment insurance — Labour disputes — Unemployment due to stoppage of work — Claimant refusing to cross picket line because of intimidation — Claimant not participating in the labour dispute — Whether members of claimant's union participated in the labour dispute — Whether claimant entitled to unemployment insurance benefits — Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 44.

E. (Mrs.) *v.* Eve **388**

Courts — Jurisdiction — Parens patriae — Scope of doctrine and discretion required for its exercise — Whether or not encompassing consent for non-therapeutic sterilization of mentally incompetent person — Chancery Act, R.S.P.E.I. 1951, c. 21, s. 3 — Chancery Jurisdiction Transfer Act, S.P.E.I. 1974, c. 65, s. 2.

Family law — Mentally incompetent person — Application made for non-therapeutic sterilization of adult daughter by parent — Whether or not court authorized to grant consent — Whether or not authority to be found in statutes — Whether or not authority flowing from parens patriae power — Mental Health Act, R.S.P.E.I. 1974, c. M-9, am. S.P.E.I. 1976, c. 65, ss. 2(n), 30A(1), (2), 30B, 30L — Hospitals Act, "Hospital Management Regulations", R.R.P.E.I., c. H-11, s. 48.

Human rights — Disabled persons — Mentally incompetent person — Application made for non-therapeutic sterilization of adult daughter by parent — Whether or not court authorized to grant consent — Whether or not authority to be found in statutes — Whether or not authority flowing from parens patriae power.

Continued on next page

SOMMAIRE

Canada (Procureur général) *c.* Valois **439**

Assurance-chômage — Conflits collectifs — Perte d'un emploi par suite d'un arrêt de travail — Refus du prestataire de franchir la ligne de piquetage pour cause d'intimidation — Aucune participation du prestataire au conflit collectif — Des membres du syndicat du prestataire y ont-ils participé? — Le prestataire est-il admissible aux prestations d'assurance-chômage? — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 44.

E. (M^me^) *c.* Eve **388**

Tribunaux — Compétence — Parens patriae — Portée de la doctrine et pouvoir discrétionnaire nécessaire pour son exercice — Le consentement à la stérilisation non thérapeutique d'une personne atteinte de déficience mentale en relève-t-il? — Chancery Act, R.S.P.E.I. 1951, chap. 21, art. 3 — Chancery Jurisdiction Transfer Act, S.P.E.I. 1974, chap. 65, art. 2.

Droit de la famille — Personne atteinte de déficience mentale — Demande présentée par un parent pour la stérilisation non thérapeutique de sa fille adulte — La Cour est-elle autorisée à y consentir? — Le pouvoir se trouve-t-il dans les lois? — Le pouvoir découle-t-il de la compétence parens patriae? — Mental Health Act, R.S.P.E.I. 1974, chap. M-9, mod. S.P.E.I. 1976, chap. 65, art. 2n), 30A(1), (2), 30B, 30L — Hospitals Act, «Hospital Management Regulations», R.R.P.E.I., chap. H-11, art. 48.

Droit de la personne — Personnes handicapées — Personne atteinte de déficience mentale — Demande présentée par un parent pour la stérilisation non thérapeutique de sa fille adulte — Le tribunal est-il autorisé à y consentir? — Le pouvoir se

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

Potash *v.* Royal Trust Co. **351**

Mortgages — Prepayment — Renewal — Term of mortgage more than five years — Renewal deeming date of original mortgage to be as of date of renewal — Renewal restricting right of prepayment — Principal and interest penalty tendered during renewal term and refused — Whether or not application for discharge of mortgage should be granted — Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, s. 10(1), (2) — The Mortgage Act, R.S.M. 1970, c. M200, s. 20(6) — The Real Property Act, R.S.M. 1970, c. R30, s. 103(1)(c).

Quebec (Construction Industry Commission) *v.* M.U.C.T.C. **327**

Labour law — Construction industry — Scope of Construction Industry Labour Relations Act — Clear legislative wording — Literal interpretation — Act and Decree applicable to mass transit business in respect of construction work done by its employees — Construction Industry Labour Relations Act, S.Q. 1968, c. 45 as amended, ss. 1(e), (i), (j), (q), (r), 2 — Decree respecting the construction industry, (1973) 105 O.G. II 5837, ss. 3.01, 3.02.

R. *v.* Campbell **376**

Criminal law — Indictment — Amendment — Proprietorships described as the victims of a fraud in the indictment — Proprietorships not "persons" capable of being defrauded — Motion to amend indictment denied by trial judge because of irreparable prejudice to accused — Decision properly affirmed on appeal — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 529.

Criminal law — Fraud — Proprietorships described as the victims of a fraud — Proprietorships not "persons" capable of being defrauded — Reference to the proprietorships in the indictment indicating that the Crown was particularizing the person registered under the proprietorships as the victim — No evidence of fraud against that person — Directed verdict of acquittal correct — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 338, 529.

SOMMAIRE (Fin)

trouve-t-il dans les lois ? — Le pouvoir découle-t-il de la compétence parens patriae ?

Potash *c.* Royal Trust Co. **351**

Hypothèques — Remboursement anticipé — Renouvellement — Hypothèque d'une durée de plus de cinq ans — Hypothèque initiale réputée, de par la convention de renouvellement, porter la date du renouvellement — Restriction au droit de remboursement anticipé apportée par la convention de renouvellement — Refus d'une offre de paiement du capital et des intérêts de pénalisation faite pendant la durée du renouvellement — Y a-t-il lieu de faire droit à la demande de mainlevée de l'hypothèque? — Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 10(1), (2) — The Mortgage Act, R.S.M. 1970, chap. M200, art. 20(6) — The Real Property Act, R.S.M. 1970, chap. R30, art. 103(1)c).

Québec (Commission de l'industrie de la construction) *c.* C.T.C.U.M. **327**

Droit du travail — Industrie de la construction — Champ d'application de la Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction — Texte législatif clair — Interprétation littérale — Loi et décret applicables à une entreprise de transport en commun relativement à des travaux de construction exécutés par ses salariés — Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction, L.Q. 1968, chap. 45 et modifications, art. 1e), i), j), q), r), 2 — Décret relatif à l'industrie de la construction, (1973) 105 G.O. II 5837, art. 3.01, 3.02.

R. *c.* Campbell **376**

Droit criminel — Acte d'accusation — Modification — Entreprises personnelles désignées comme victimes d'une fraude dans l'acte d'accusation — Entreprises personnelles ne constituant pas des «personnes» susceptibles d'être fraudées — Rejet d'une requête en modification de l'acte d'accusation par le juge du procès pour cause de préjudice irréparable aux accusés — Décision confirmée à bon droit en appel — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 529.

Droit criminel — Fraude — Entreprises personnelles désignées comme victimes d'une fraude — Entreprises personnelles ne constituant pas des «personnes» susceptibles d'être fraudées — Mention des entreprises personnelles dans l'acte d'accusation indiquant que la poursuite nommait comme victime la personne au nom de laquelle les entreprises étaient enregistrées — Aucune preuve de fraude à l'encontre de cette personne — Verdict d'acquittement valablement imposé — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 338, 529.

Construction Industry Commission *Appellant*

v.

Montreal Urban Community Transit Commission *Respondent*

INDEXED AS: QUEBEC (CONSTRUCTION INDUSTRY COMMISSION) *v.* M.U.C.T.C.

File No.: 18098.

1986: February 28; 1986: October 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Labour law — Construction industry — Scope of Construction Industry Labour Relations Act — Clear legislative wording — Literal interpretation — Act and Decree applicable to mass transit business in respect of construction work done by its employees — Construction Industry Labour Relations Act, S.Q. 1968, c. 45 as amended, ss. 1(e), (i), (j), (q), (r), 2 — Decree respecting the construction industry, (1973) 105 O.G. II 5837, ss. 3.01, 3.02.

Respondent operates and maintains the Montreal Urban Community transport network. Its employees did certain "work" at three of its buildings and were paid pursuant to the collective agreement. Appellant, which was responsible for implementing the Construction Decree adopted pursuant to the *Construction Industry Labour Relations Act*, claimed the difference between the amounts paid and those determined by the Decree from respondent on behalf of the employees. The Superior Court dismissed the actions. The trial judge refused to apply the wording of the Act blindly, and referred to the purpose of the Act in order to determine the legislature's intent. He held that the Act did not apply to respondent but to employers and employees who are usually engaged in the construction industry. He also said that, in any case, even if the Act applied, the employees had received from respondent a total wage greater than that claimed by appellant under the Decree, taking into account all the benefits conferred by the collective agreement. A majority of the Court of Appeal affirmed the judgments. The present appeal is to determine whether the Act and the Decree apply to respondent and to its employees in respect of the work done by the latter; and if so, whether respondent can

Commission de l'industrie de la construction *Appelante*

c.

Commission de transport de la Communauté urbaine de Montréal *Intimée*

RÉPERTORIÉ: QUÉBEC (COMMISSION DE L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION) *c.* C.T.C.U.M.

N° du greffe: 18098.

1986: 28 février; 1986: 9 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 DU QUÉBEC

Droit du travail — Industrie de la construction — Champ d'application de la Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction — Texte législatif clair — Interprétation littérale — Loi et décret applicables à une entreprise de transport en commun relativement à des travaux de construction exécutés par ses salariés — Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction, L.Q. 1968, chap. 45 et modifications, art. 1e), i), j), q), r), 2 — Décret relatif à l'industrie de la construction, (1973) 105 G.O. II 5837, art. 3.01, 3.02.

L'intimée exploite et entretient le réseau de transport de la Communauté urbaine de Montréal. Ses salariés ont effectué certains «travaux» à trois de ses édifices et ont été payés conformément à la convention collective. Chargée de la mise à exécution du décret de la construction adopté conformément aux dispositions de la *Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction*, l'appelante a réclamé de l'intimée pour le bénéfice des salariés la différence entre les sommes payées et celles déterminées par le décret. La Cour supérieure a rejeté les actions. Le juge de première instance a refusé d'appliquer aveuglément le texte de la Loi. Invoquant l'objet de la Loi pour déterminer l'intention du législateur, le premier juge a statué que celle-ci ne s'appliquait pas à l'intimée mais qu'elle visait plutôt les employeurs et les salariés qui œuvrent habituellement dans l'industrie de la construction. Il a de plus ajouté que de toute manière, même si la Loi s'appliquait, les salariés avaient reçu de l'intimée une rémunération globale supérieure à celle réclamée par l'appelante en vertu du décret, compte tenu de tous les avantages de leur convention collective. La Cour d'appel, à la majorité, a confirmé les jugements. Le présent pourvoi vise à déterminer si la Loi et le décret s'appliquent à l'intimée et à ses salariés

rely on the fact that, taken as a whole, the benefits awarded to its employees under the collective agreement were greater than those they would have received under the Decree.

Held: The appeal should be allowed.

Respondent's basic position was that the Decree only applies to "the construction industry". Though this expression may include all businesses and workers engaged in construction, it does not necessarily follow that only these businesses or workers are covered by the Act. The definitions in s. 1 and the exceptions mentioned in s. 2 indicate that the Act covers the particular activities falling within the definition of "construction". It is these activities which are governed by the Act and the Decree. It follows that, in order to determine whether a particular employer or employees are covered by the Act, one must look at the nature of the work done and not simply at the status of the parties. In the case at bar, respondent relied on the exception mentioned in s. 2(2) of the Act for non-professional employers in respect of maintenance and repair work done by their permanent employees. Respondent's employees are permanent employees and respondent is not a professional employer. However, the Superior Court and the Court of Appeal concluded that the work at issue in appellant's claim is construction work rather than maintenance and repair work. The Act must therefore be applied.

The purpose of the Act does not justify disregarding the clear meaning of the legislation. This Act is to set up special provisions governing labour relations between employers and employees in the construction industry in order to remedy the problems in that industry. In order to attain its ends, the legislature defined the scope of the Act very widely and created certain specific exceptions. If it had intended to lighten the burden of non-professional owners by allowing them to set up their own building departments, it would have said so. The court must derive the legislature's intention from the language used and not speculate as to its intention.

The Construction Decree is a matter of public order for all employers and employees subject to this Act. An employer cannot enter into an agreement that the Decree will not apply or disregard the conditions determined by the Decree, nor can it introduce equivalences between the amounts paid under a collective agreement and those payable under the Decree, or make a set-off between them. Though an employer is free to confer on

relativement aux travaux effectués par ceux-ci; et dans l'affirmative, si l'intimée peut opposer le fait que considérés dans leur ensemble les bénéfices accordés à ses salariés en vertu de la convention collective sont supérieurs à ceux qu'ils auraient reçus en vertu du décret.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Selon la position fondamentale de l'intimée, le décret ne s'applique qu'à «l'industrie de la construction». Bien que cette expression puisse s'entendre de l'ensemble des entreprises et des travailleurs dont l'occupation est la construction, il n'en résulte pas nécessairement que seuls ces entreprises et ces travailleurs sont assujettis à la Loi. Les définitions de l'art. 1 et les exceptions prévues à l'art. 2 montrent que la Loi vise des activités particulières qui relèvent de la définition de construction. Ce sont ces activités qui sont régies par la Loi et le décret. Il s'ensuit que pour déterminer si un employeur ou des employés sont visés par la Loi, il faut non seulement tenir compte de la qualité ou du statut des parties mais aussi de la nature du travail effectué. En l'espèce, l'intimée a invoqué l'exception prévue au par. 2.2° de la Loi en faveur des employeurs non professionnels relativement aux travaux d'entretien et de réparation exécutés par leurs salariés permanents. Les employés de l'intimée sont des salariés permanents et cette dernière n'est pas un employeur professionnel. Toutefois, la Cour supérieure et la Cour d'appel ont conclu que les travaux auxquels se rapporte la réclamation de l'appelante sont des travaux de construction et non des travaux d'entretien et de réparation. La Loi doit donc s'appliquer.

L'objet de la Loi ne justifie pas que l'on s'écarte du sens clair du texte législatif. La présente Loi vise à instaurer un régime particulier de relations de travail entre les employeurs et les employés de l'industrie de la construction pour remédier aux carences de cette industrie. Pour atteindre son but, le législateur a défini d'une façon très large le champ d'application de la Loi tout en prévoyant quelques exceptions spécifiques. S'il avait voulu alléger davantage le fardeau des employeurs non professionnels en leur permettant d'établir leurs propres services de construction, il l'aurait stipulé. On doit dégager l'intention du législateur des termes qu'il a utilisés et non spéculer sur ses intentions.

Le décret de la construction est d'ordre public pour tous les employeurs et les salariés assujettis à la Loi. Un employeur ne peut donc, par convention, écarter le décret ou déroger aux conditions qu'il détermine. Un employeur ne peut pas non plus décréter des équivalences et opérer compensation entre les sommes versées en vertu d'une convention collective et celles exigibles en vertu du décret. Même s'il est loisible à l'employeur

its employees benefits not covered by the Decree, they must receive the remuneration and indemnities or benefits specified by the Decree. The question is not one of the total wage, and this concept cannot be adopted.

Cases Cited

Referred to: *Comité Paritaire de l'Industrie de l'Imprimerie de Montréal et du District v. Dominion Blank Book Co.*, [1944] S.C.R. 213; *Ste-Marie v. Comité Conjoint (Construction)*, [1952] Que. K.B. *255*; *Commission du salaire minimum v. Beau-Lab Co.*, [1976] R.D.T. 116; *Commission de l'industrie de la construction v. Hôpital St-François d'Assise*, S.C. Quebec, No. 200-05-001950-745, September 30, 1975; *Commission de l'industrie de la construction v. Steinman*, [1977] C.A. 340; *Canadian National Ry. Co. v. Province of Nova Scotia*, [1928] S.C.R. 106; *Wellesley Hospital v. Lawson*, [1978] 1 S.C.R. 893; *The King v. Dubois*, [1935] S.C.R. 378; *Town of St-Bruno de Montarville v. Mount Bruno Association Ltd.*, [1971] S.C.R. 623; *Rosen v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 961; *R. v. Philips Electronics Ltd.* (1980), 30 O.R. (2d) 129 aff'd [1981] 2 S.C.R. 264; *Comité conjoint des métiers de la construction v. Bisson* (1937), 75 C.S. 209; *Comité conjoint des métiers de la construction de Montréal v. Boyer*, [1951] Que. K.B. 662; *S.A.F. Construction (1973) Inc. v. Office de la construction du Québec*, C.A. Québec, Nos. 200-09-000627-791 and 200-09-000628-790, February 10, 1982; *Provencher v. Bissonnette*, S.C. Arthabaska, No. 415-05-000337-76, May 15, 1978; *Office de la construction du Québec v. Hôtel-Dieu de Québec*, C.C. 651-77, Case 84 LR, June 21, 1978.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting collective agreement decrees, R.S.Q., c. D-2, s. 1(*i*).

Construction Industry Labour Relations Act, S.Q. 1968, c. 45 [now R.S.Q., c. R-20], ss. 1(*e*) [am. 1970, c. 35, s. 1(*a*)], (*i*), (*j*), (*p*), (*q*), (*r*) [am. 1970, c. 35, s. 1(*b*)], 2 [repl. 1970, c. 35, s. 2; am. 1973, c. 28, s. 2], 2*a* [ad. 1970, c. 35, s. 2; am. 1973, c. 28, s. 3]; 2*b* [ad. 1970, c. 35, s. 2], 2*c* [ad. 1970, c. 35, s. 2], 3, 13 [am. 1973, c. 28, s. 7], 14 [am. 1973, c. 28, s. 8], 20, 31, 59.

Decree respecting the construction industry concerning the juridical extension of a collective labour agreement respecting the construction industry in Québec, (1973) 105 O.G. II 5837, ss. 3.01, 3.02, 18.06, 32.03.

Minimum Wage Act, R.S.Q. 1964, c. 144, s. 1(*h*) [repl. *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1, s. 1.9].

d'accorder à ses salariés des avantages non prévus au décret, ceux-ci doivent recevoir la rémunération et les indemnités ou avantages que fixe ce dernier. Il n'y est aucunement question de salaire global et ce concept ne peut être retenu.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *Comité Paritaire de l'Industrie de l'Imprimerie de Montréal et du District c. Dominion Blank Book* Co., [1944] R.C.S. 213; *Ste-Marie c. Comité Conjoint (Construction)*, [1952] B.R. *255*; *Commission du salaire minimum c. Beau-Lab Co.*, [1976] R.D.T. 116; *Commission de l'industrie de la construction c. Hôpital St-François d'Assise*, C.S. Québec, n° 200-05-001950-745, 30 septembre 1975; *Commission de l'industrie de la construction c. Steinman*, [1977] C.A. 340; *Canadian National Ry. Co. v. Province of Nova Scotia*, [1928] R.C.S. 106; *Wellesley Hospital c. Lawson*, [1978] 1 R.C.S. 893; *The King v. Dubois*, [1935] R.C.S. 378; *Ville de St-Bruno de Montarville c. Mount Bruno Association Ltd.*, [1971] R.C.S. 623; *Rosen c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 961; *R. v. Philips Electronics Ltd.* (1980), 30 O.R. (2d) 129 conf. [1981] 2 R.C.S. 264; *Comité conjoint des métiers de la construction c. Bisson* (1937), 75 C.S. 209; *Comité conjoint des métiers de la construction de Montréal c. Boyer*, [1951] B.R. 662; *S.A.F. Construction (1973) Inc. c. Office de la construction du Québec*, C.A. Québec, n^os^ 200-09-000627-791 et 200-09-000628-790, 10 février 1982; *Provencher c. Bissonnette*, C.S. Arthabaska, n° 415-05-000337-76, 15 mai 1978; *Office de la construction du Québec c. Hôtel-Dieu de Québec*, C.C. 651-77, cas 84 LR, 21 juin 1978.

Lois et règlements cités

Décret relatif à l'industrie de la construction concernant l'extension juridique d'une convention collective de travail relative à l'industrie de la construction dans le Québec, (1973) 105 G.O. II 5837, art. 3.01, 3.02, 18.06, 32.03.

Loi du salaire minimum, S.R.Q. 1964, chap. 144, art. 1*h*) [rempl. *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., chap. N-1.1, art. 1.9].

Loi sur les décrets de convention collective, L.R.Q., chap. D-2, art. 1*i*).

Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction, L.Q. 1968, chap. 45 [maintenant L.R.Q., chap. R-20], art. 1*e*) [mod. 1970, chap. 35, art. 1*a*)], *i*), *j*), *p*), *q*), *r*) [mod. 1970, chap. 35, art. 1*b*)], 2 [rempl. 1970, chap. 35, art. 2; mod. 1973, chap. 28, art. 2], 2*a* [aj. 1970, chap. 35, art. 2; mod. 1973, chap. 28, art. 3]; 2*b* [aj. 1970, chap. 35, art. 2], 2*c* [aj. 1970, chap. 35, art. 2], 3, 13 [mod. 1973, chap. 28, art. 7], 14 [mod. 1973, chap. 28, art. 8], 20, 31, 59.

Regulation No. 1 concerning the scope of the Construction Industry Labour Relations Act, (1971) 103 O.G. 67, s. 3.6.

APPEAL from judgments of the Quebec Court of Appeal[1], affirming judgments of the Superior Court[2]. Appeal allowed.

Pierre-André Côté and *Serge J. Boucher*, for the appellant.

Yvon Clermont, Q.C., for the respondent.

English version of the judgment of the Court delivered by

CHOUINARD J.—Appellant is appealing against three judgments of the Court of Appeal, dismissing its appeal against three other judgments of the Superior Court which disallowed its total claim of $67,014.99 against respondent on behalf of the latter's employees.

There are two main questions. Is the Construction Decree applicable to respondent and its employees in respect of certain work done by the latter? If so, can respondent rely on the fact that taken as a whole the benefits awarded to its employees under the collective agreement are greater than those they would have received under the Decree?

The *Decree respecting the Construction Industry*, (1973) 105 O.G. II 5837, was adopted pursuant to the provisions of the *Construction Industry Labour Relations Act*, S.Q. 1968, c. 45, as amended by S.Q. 1970, c. 35; S.Q. 1971, c. 46; and S.Q. 1973, c. 28.

This Act became chapter R-20 of the *Revised Statutes of Quebec* and appellant was replaced by the Office de la construction du Québec. All references are to the law as it stood at the time of the facts giving rise to the case.

Respondent, the M.U.C.T.C., is responsible for organizing, operating and maintaining a transport network in the Montreal Urban Community. The Construction Industry Commission was responsible for implementing the Construction Decree

[1] Summarized at D.T.E. 83T-685.

[2] S.C. Mtl., Nos. 500-05-006212-755, 500-05-012615-744 and 500-05-018290-740, February 12, 1979.

Règlement numéro 1 relatif au champ d'application de la Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction, (1971) 103 G.O. 67, art. 3.6°.

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

Pierre-André Côté et *Serge J. Boucher*, pour l'appelante.

Yvon Clermont, c.r., pour l'intimée.

Le jugement de la Cour a été rendu par

LE JUGE CHOUINARD—L'appelante se pourvoit contre trois arrêts de la Cour d'appel rejetant l'appel contre autant de jugements de la Cour supérieure par lesquels elle a été déboutée d'une réclamation totale de 67 014,99 $ dirigée contre l'intimée au bénéfice de salariés de celle-ci.

Deux questions principales se posent. Le décret de la construction est-il applicable à l'intimée et à ses salariés à l'égard de certains travaux effectués par ceux-ci? Dans l'affirmative, l'intimée peut-elle opposer le fait que considérés dans leur ensemble les bénéfices accordés à ses salariés en vertu de la convention collective sont supérieurs à ceux qu'ils auraient reçus en vertu du décret?

Le *Décret relatif à l'industrie de la construction*, (1973) 105 G.O. II 5837, a été adopté conformément aux dispositions de la *Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction*, L.Q. 1968, chap. 45, telle que modifiée par L.Q. 1970, chap. 35; L.Q. 1971, chap. 46 et L.Q. 1973, chap. 28.

Cette loi est devenue le chapitre R-20 des *Lois refondues du Québec* et l'appelante a été remplacée par l'Office de la construction du Québec. Tous les renvois sont à la loi telle qu'elle était au moment des faits qui ont donné naissance au litige.

L'intimée, la C.T.C.U.M., a pour mandat d'organiser, d'exploiter et d'entretenir le réseau de transport de la Communauté urbaine de Montréal. La Commission de l'industrie de la construction était chargée de la mise à exécution du décret de la

[1] Résumé à D.T.E. 83T-685.

[2] C.S. Mtl., nos 500-05-006212-755, 500-05-012615-744 et 500-05-018290-740, 12 février 1979.

and, *inter alia*, was authorized to claim from employers on behalf of employees the difference between amounts paid and those determined by the Decree.

Between January 1974 and February 1975, 133 M.U.C.T.C. employees worked at the organization's head office and at the Crémazie and Villeray garages. Sprinklers were installed at the head office. At the Crémazie garage changing rooms were made into offices. To do this partitions had to be dismantled and re-assembled, with all that involved. At the Villeray garage, the latter was made into a workshop for maintenance employees. The interior of the building was completely redone. The work involved redoing the ceiling and the divisions; putting in doors and windows; plastering and painting; and installing electrical, heating and air conditioning systems.

The employees were paid in accordance with the collective agreement between the Syndicat du transport de Montréal and the employer. Appellant's claim represents the difference between the amounts paid and those to which the employees would have been entitled under the Decree as wages, vacation pay, social benefits, contributions to the Fonds d'indemnisation and withholdings. There is also a penalty to which the Construction Industry Commission is entitled in such a case.

The quantum was not at issue.

The relevant passages of ss. 1 and 2 of the Act are as follows:

1. In this act, unless the context requires a different meaning, the following words and expressions mean:

. . .

(*e*) "construction": the foundation, erection, maintenance, renewal, repair, alteration and demolition work on buildings and civil engineering works carried out on the job site itself and vicinity including the previous preparatory work on the ground;

In addition, the word "construction" includes the installation, repair and maintenance of machinery and equipment, work carried out in part on the job site itself and in part in the shop, moving of buildings, transportation of employees, dredging, turfing, cutting and prun-

construction et était notamment autorisée à réclamer des employeurs pour le bénéfice des salariés la différence entre les sommes payées et celles déterminées par le décret.

De janvier 1974 à février 1975, 133 salariés de la C.T.C.U.M. ont fait des travaux au siège social de l'entreprise et aux garages Crémazie et Villeray. Au siège social, l'on a installé des gicleurs. Au garage Crémazie, l'on a transformé des vestiaires en bureaux. À cette fin il a fallu défaire puis refaire les cloisons avec tout ce que cela comporte. Au garage Villeray, l'on a transformé le garage en atelier pour les préposés à l'entretien. L'intérieur de la bâtisse a été refait à neuf. Les travaux ont consisté à refaire le plafond et les divisions; à poser portes et fenêtres; à plâtrer et peinturer; à installer des systèmes électriques, de chauffage et de climatisation.

Les salariés ont été payés conformément à la convention collective qui lie le Syndicat du transport de Montréal à l'employeur. La réclamation de l'appelante représente la différence entre les montants payés et ceux auxquels les salariés auraient eu droit en vertu du décret à titre de salaires, indemnités de vacances, avantages sociaux, contributions au Fonds d'indemnisation et prélèvement. S'y ajoute une pénalité à laquelle la Commission de l'industrie de la construction a droit en pareil cas.

Le quantum n'est pas en cause.

Voici les extraits pertinents de l'art. 1 ainsi que l'art. 2 de la Loi:

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

. . .

e) «construction»: les travaux de fondation, d'érection, d'entretien, de rénovation, de réparation, de modification et de démolition de bâtiments et d'ouvrages de génie civil exécutés sur les lieux mêmes du chantier et à pied d'œuvre, y compris les travaux préalables d'aménagement du sol;

En outre, le mot «construction» comprend l'installation, la réparation et l'entretien de machinerie et d'équipement, le travail exécuté en partie sur les lieux mêmes du chantier et en partie en atelier, le déménagement de bâtiments, les déplacements des salariés, le dragage, le

ing of trees and shrubs and laying out of golf courses, but solely in the cases determined by regulation;

. . .

(*i*) "employer": anyone, including the Government of the Province of Québec, who has work done by an employee;

(*j*) "professional employer": an employer whose main activity is to do construction work and who habitually employs employees for any kind of work which is the object of a decree, or, failing a decree, of a collective agreement;

. . .

(*q*) "employee": any apprentice, unskilled labourer or workman, skilled workman, journeyman, artisan, clerk or employee, working individually or in a crew or in partnership;

(*r*) "permanent employee": any employee who habitually does maintenance work on buildings or civil engineering works and any employee who does production work in an establishment.

2. This act shall apply to employers and employees in the construction industry but it shall not apply to:

(1) agricultural exploitations;

(2) maintenance and repair work done by permanent employees hired directly by an employer other than a professional employer;

(3) construction work on piping, sewers, paving, sidewalks and other work of the same kind done by the employees of urban or regional communities and municipal corporations;

(4) construction work relating directly to the exploration for or operation of a mine, done by employees of mining undertakings;

(5) construction work relating directly to forest operations, done by employees of undertakings for forestry operations;

(6) construction work on power transmission lines, done by the employees of the Québec Hydro-Electric Commission;

(7) setting or installing flat glass subject to a decree under the Collective Agreement Decrees Act (Revised Statutes, 1964, chapter 143) if the field of application of such decree extends throughout the province of Québec

gazonnement, la coupe et l'émondage des arbres et arbustes ainsi que l'aménagement de terrains de golf, mais uniquement dans les cas déterminés par règlements;

. . .

i) «employeur»: quiconque, y compris le gouvernement du Québec, fait exécuter un travail par un salarié;

j) «employeur professionnel»: un employeur dont l'activité principale est d'effectuer des travaux de construction et qui emploie habituellement des salariés pour un genre de travail qui fait l'objet d'un décret ou, à défaut, d'une convention collective;

. . .

q) «salarié»: tout apprenti, manœuvre ou ouvrier non spécialisé, ouvrier qualifié ou compagnon, artisan, commis ou employé qui travaille individuellement, en équipe ou en société;

r) «salarié permanent»: tout salarié qui fait habituellement des travaux d'entretien de bâtiments ou d'ouvrages de génie civil et tout salarié qui travaille à la production dans un établissement.

2. La présente loi s'applique aux employeurs et aux salariés de l'industrie de la construction; toutefois, elle ne s'applique pas:

1° aux exploitations agricoles;

2° aux travaux d'entretien et de réparation exécutés par des salariés permanents embauchés directement par un employeur autre qu'un employeur professionnel;

3° aux travaux de construction de canalisations d'eau, d'égouts, de pavages et de trottoirs et à d'autres travaux du même genre exécutés par les salariés des communautés urbaines ou régionale et des corporations municipales;

4° aux travaux de construction qui se rattachent directement à l'exploration ou à l'exploitation d'une mine et qui sont exécutés par les salariés des entreprises minières;

5° aux travaux de construction qui se rattachent directement à l'exploitation de la forêt et qui sont exécutés par les salariés des entreprises d'exploitation forestière;

6° aux travaux de construction de lignes de transport de force exécutés par les salariés de la Commission hydroélectrique de Québec.

7° aux travaux de pose ou de montage du verre plat assujettis à un décret en vertu de la Loi des décrets de convention collective (Statuts refondus, 1964, chapitre 143) si le champ d'application de ce décret s'étend à tout

and if the decree covers manufacture, setting and installing.

Sections 3.01 and 3.02 of the Decree provide:

3.01 Any employer or employee who causes to be carried out or who carries out, within the territorial scope, any of the work or works covered by the decree in section 4 is governed by this decree.

3.02 The decree does not apply to permanent employees within the meaning of sections 1 and 2 of the Act. For the purpose of this paragraph, maintenance work does not include work performed in connection with new construction, re-construction or renovation of part of a building or complex, nor greater repairs to outside walls, foundations or retaining walls.

The following facts were established by the Superior Court and unanimously confirmed by the Court of Appeal:

[TRANSLATION]

- the work done by respondent's employees is to be regarded as construction work;
- respondent is not a professional employer within the meaning of s. 1(j) of the Act;
- the employees in question are permanent employees of respondent within the meaning of s. 1(r) of the Act.

At this stage these facts cannot be seriously disputed.

However, in the opinion of the Superior Court judge they do not suffice to dispose of the matter as the Court must, first, take into account the legislature's intent regarding the purpose of the Act, and second, note that the benefits received by the employees in question under the collective agreement give them a "total wage" greater than that guaranteed by the Decree. The judge wrote:

[TRANSLATION] Are all these things taken together—the nature of the work and the status of employer and employee—a sufficient basis for allowing plaintiff's action? If we are to take literally the Act and the Decree, which together cover employer and employees (Decree, s. 3.01), we must agree to the express condition of applying these provisions blindly, but the Court is not required to do this in the case at bar, for underlying this legislation and this Decree is a very clear intent by the legislature, namely to alleviate the problems associated with the work of a construction worker. Except in rare

le Québec et si le décret couvre à la fois les travaux de fabrication, de pose et de montage.

Par ailleurs les articles 3.01 et 3.02 du décret stipulent:

3.01 Est assujetti au décret, tout employeur ou salarié qui fait exécuter ou exécute des travaux couverts par le décret dans le champ d'application territorial indiqué à la section 4.

3.02 Le décret ne s'applique pas au salarié permanent au sens des articles 1 et 2 de la Loi. Aux fins du présent article, les travaux d'entretien ne comprennent pas les travaux exécutés à l'occasion d'une nouvelle construction, de la reconstruction ou de la réfection d'une partie d'un édifice ou d'un immeuble ou d'un ensemble de constructions ni les grosses réparations faites aux murs extérieurs, aux fondations ou aux murs de soutènement.

Les faits suivants ont été déterminés par la Cour supérieure et unanimement confirmés par la Cour d'appel:

- les travaux exécutés par les salariés de l'intimée doivent être considérés comme des travaux de construction;
- l'intimée n'est pas un employeur professionnel aux termes du par. 1j) de la loi;
- les travailleurs dont il s'agit sont des salariés permanents de l'intimée aux termes du par. 1r) de la loi.

À ce stade-ci ces faits ne sauraient être sérieusement contestés.

Cependant, selon le juge de la Cour supérieure, ils ne suffisent pas à régler le litige car il faut d'une part tenir compte de l'intention du législateur au regard de l'objet de la Loi et d'autre part constater que les avantages dont les salariés concernés bénéficient en vertu de la convention collective leur procurent un «salaire global» supérieur à ce que leur procurerait le décret. Le juge écrit:

Tous ces éléments réunis — nature des travaux, qualité d'employeur et de salariés — suffisent-ils à accueillir l'action de la demanderesse? S'il fallait lire à la lettre la Loi et le Décret qui ensemble assujettissent employeur et salariés (Décret art. 3.01) il faudrait dire oui à la condition expresse d'appliquer aveuglément ces textes, ce que n'est pas tenu de faire le Tribunal dans le présent cas, car sous-jacente à cette législation et à ce décret il y a une intention bien marquée du législateur, c'est de pallier aux carences qui marquent le travail de l'ouvrier de la construction. Ce dernier sauf de rares exceptions

cases, he enjoys no security of employment, and this undoubtedly is a source of distress and insecurity to the worker. Further, in general the worker is subject to the vagaries of the weather, the market and the economic situation. He cannot really look forward to a comfortable retirement when he has exhausted his strength and his health sooner than other workers in work which is always hard and only too often, unfortunately, very dangerous. If an accident occurs he can only rely on the Workmen's Compensation Act, his vacation is limited, and so on.

The Superior Court judge set out the benefits conferred by the collective agreement and continued:

[TRANSLATION] All these benefits represent a considerable expense for defendant, and for the worker benefits which can and must be given a money value, and must therefore be counted as an integral part of the wage as well. Reference has been made to a total wage, and this is the correct expression: it must be used if we are to properly assess the real wage of an employee in any category.

That is the gist of the Superior Court judgment. The Act does not apply to respondent and to the employees who did the construction work, and if it applied, the latter in any case received a total wage greater than that specified by the Decree.

This judgment was affirmed by a majority of the Court of Appeal, McCarthy J.A. dissenting. The reasons of the judges in the majority are essentially on the same lines as those of the Superior Court judge.

Monet J.A. wrote that appellant opted for a literal construction of the provisions, while [TRANSLATION] "Respondent on the other hand preferred other methods of interpretation, such as the 'historical' and 'teleological' methods." The following is a passage from the reasons of Monet J.A. which illustrates why the Act does not apply in the circumstances:

[TRANSLATION] As mentioned earlier, appellant concluded that the exception in s. 2(2) of the Construction Industry Labour Relations Act does not apply in the circumstances as a consequence of the interpretation.

Respondent, applying a different method of interpretation, submitted that its labour relations with its permanent employees did not fall within the scope of this

ne connaît pas de sécurité d'emploi qui constitue à n'en pas douter une cause d'angoisse et d'insécurité chez cet ouvrier. De plus, de façon générale, ce travailleur est soumis aux caprices du climat, du marché, de la situation économique. Il peut très difficilement compter sur une retraite confortable quand il aura plus tôt que d'autres travailleurs usé ses forces et sa santé à un travail toujours dur et trop souvent hélas! très dangereux. En cas d'accidents, il ne peut compter que sur la Loi des accidents du travail, ses vacances sont limitées, etc., etc.

Après avoir exposé les avantages de la convention collective, le juge de la Cour supérieure écrit encore:

Tous ces avantages représentent pour la défenderesse un coût considérable et pour le travailleur des avantages qui peuvent et doivent s'évaluer en argent et par conséquent doivent aussi être comptés comme partie intégrale du salaire. On parle de salaire global, l'expression est juste et il faut la retenir pour apprécier avec justice ce qui constitue dans la réalité le vrai salaire du salarié de toute catégorie.

Voilà pour l'essentiel le fondement du jugement de la Cour supérieure. La Loi ne s'applique pas à l'intimée et aux salariés qui ont exécuté les travaux de construction et si elle s'appliquait, ces derniers ont de toute façon reçu un salaire global supérieur à celui prévu par le décret.

Ce jugement a été confirmé à la majorité par la Cour d'appel, le juge McCarthy étant dissident. Les motifs des juges formant la majorité vont substantiellement dans le même sens que ceux du juge de la Cour supérieure.

Le juge Monet écrit que l'appelante adopte plutôt une méthode d'interprétation littérale des textes tandis que «L'intimée, en revanche, adopte plutôt d'autres méthodes d'interprétation, notamment la méthode dite historique et la méthode dite téléologique.» Voici un extrait des motifs du juge Monet qui illustre pourquoi la Loi ne s'appliquerait pas en l'espèce:

L'appelante, comme il a été observé précédemment, conclut que l'exception de l'article 2(2) de la Loi sur les relations de travail dans l'industrie de la construction ne s'applique pas en l'espèce, compte tenu de l'exégèse.

L'intimée, appliquant une méthode d'interprétation différente, soumet que ses relations de travail avec ses salariés permanents n'entrent pas dans le champ d'appli-

particular Act. In support of its arguments, it pointed to the purpose and aims of the Act.

With all possible respect for those who hold the contrary view, I consider that the judge properly upheld respondent's arguments.

The Act in question relates to the construction industry. It is a self-contained Labour Code for persons in that industry. It is the product at the provincial level of factors and characteristics peculiar to that industry, such as the mobility of workers, which results in an atmosphere of insecurity. It creates a single set of legal rules for labour relations. Those who feel their views are reinforced by legislative provisions can refer to s. 59:

> "The provisions of the Labour Code and the Collective Agreement Decrees Act shall not apply to the construction industry except where express mention thereof is made."

The purpose of this Act was to remedy abuses existing in the construction industry.

On the one hand, the operations of respondent, its function, are essentially concerned with mass transit and not construction, and on the other, the workers and employees are not subject to the manifold consequences of mobility and insecurity.

Monet J.A. went on to discuss the reasons of the trial judge regarding the total wage concept. Finally, Monet J.A. concluded as follows:

[TRANSLATION] In my view the only purpose of these observations by the judge is to show that respondent's workers would receive a "total wage" less than what they were guaranteed by their collective agreement, assuming that labour relations between respondent and its employees fell within the scope of the particular statute.

In short, I consider that the method of interpretation adopted by the judge is justified, the reasons for judgment impugned are essentially correct and, in my opinion, the appeals should be dismissed.

The following are two extracts from the reasons of the late Turgeon J.A., who came to the same conclusion:

[TRANSLATION] Claiming a higher wage for doing certain work other than the wage specified in the collective agreement governing permanent employees in a business or industry, without taking into account the great benefits conferred by that collective agreement on employees which it covers, is always objectionable.

cation de cette loi particulière. Au soutien de ses prétentions, elle met en évidence l'objet et la finalité de celle-ci.

Avec tous les égards possibles pour les tenants de l'opinion contraire, je suis d'avis que c'est à bon droit que le Juge a retenu les prétentions de l'intimée.

La loi dont il s'agit vise l'industrie de la construction. Pour les sujets de droit qui la composent, c'est un Code du travail autonome. Elle est l'aboutissement à l'échelle provinciale des éléments et des particularismes propres à cette industrie, notamment la mobilité des travailleurs, source d'un climat d'insécurité. Elle crée un seul régime juridique de relations de travail. Ceux qui sont renforcés dans leur opinion par des textes peuvent se référer aux dispositions de l'article 59:

> «Les dispositions du Code du travail et de la Loi des décrets de convention collective ne s'appliquent pas dans l'industrie de la construction, sauf au cas de mention expresse.»

C'est une loi qui a pour objet de remédier à des abus qui existaient dans l'industrie de la construction.

Or, d'une part, les opérations de l'intimée, sa vocation, concernent essentiellement le transport en commun et non la construction et, d'autre part, les travailleurs qu'elle emploie ne sont pas sujets aux multiples conséquences de la mobilité et de l'insécurité.

Plus loin, le juge Monet réfère aux motifs du juge de première instance sur le concept de salaire global. Enfin le juge Monet conclut ainsi:

Ces remarques du Juge, me semble-t-il, n'ont qu'un but, celui de montrer que, dans l'hypothèse où les relations de travail de l'intimée et de ses employés entraient dans le champ d'application de la loi particulière, les travailleurs de l'intimée recevraient un «salaire global» moindre que celui que leur assure leur convention collective.

En résumé, je suis d'avis que la méthode d'interprétation adoptée par le Juge est justifiée et qu'en substance, les motifs du jugement entrepris sont fondés. Les pourvois, selon moi, doivent être rejetés.

Voici par ailleurs deux extraits des motifs du regretté juge Turgeon qui vont dans le même sens:

Il est toujours répugnant de réclamer un salaire plus élevé, à l'occasion de certains travaux, que celui prévu à la convention collective qui régit les employés permanents d'un commerce ou d'une industrie, sans tenir compte des grands avantages que procure cette convention collective aux employés qui y sont soumis.

In 1968 the legislature decided to introduce special provisions for labour relations in the construction industry, in order to give employees in that industry greater security and to increase their occupational and territorial mobility.

Respondent's employees do not have these problems of mobility and job insecurity which are the lot of construction workers.

. . .

In his judgment the trial judge showed, on the basis of the evidence, that respondent's employees received a higher pay than that claimed by appellant under the Decree, when all the benefits conferred by their collective agreement were taken into account.

Like my brother Monet J.A., I consider that respondent's arguments should be upheld.

I agree with the trial judge that, assuming the labour relations of respondent and its employees fell within the scope of the particular statute, respondent's workers would be receiving a total wage below what they received under their collective agreement.

Appellant submitted three propositions:

1. Respondent is subject to the *Construction Industry Labour Relations Act* as a consequence of the work done by its employees;

2. The purpose of the *Construction Industry Labour Relations Act* does not justify disregarding the clear meaning of the legislation;

3. The Construction Decree is a matter of public order for all employers and employees subject to the *Construction Industry Labour Relations Act*.

Appellant's First Proposition:
Respondent is Subject to the *Construction Industry Labour Relations Act* as a Consequence of the Work Done by its Employees

Appellant based its first proposition on the language of the Act and of the Decree, the Regulation giving effect to the Act, established practice regarding collective agreement decrees, case law and the decisions of the Building Commissioner.

Respondent's basic position was that the Decree only applies to the "construction industry". In the

En 1968, le législateur décida d'instituer un régime particulier de relations de travail dans l'industrie de la construction, dans le but de donner plus de sécurité aux salariés de cette industrie et pour accroître leur mobilité professionnelle et territoriale.

Les salariés de l'intimée n'ont pas ces problèmes de mobilité et d'insécurité d'emploi, qui sont le lot des employés de la construction.

. . .

Le premier Juge démontre dans son jugement, en s'appuyant sur la preuve, que les salariés de l'intimée ont reçu une rémunération supérieure à celle réclamée par l'appelante en vertu du décret, compte tenu de tous les avantages de leur convention collective.

Comme mon collègue, le Juge Monet, je suis d'opinion qu'il y a lieu de retenir les prétentions de l'intimée.

D'accord avec le premier Juge, je crois que dans l'hypothèse où les relations de travail de l'intimée et de ses employés entreraient dans le champ d'application de la loi particulière, les travailleurs de l'intimée recevraient un salaire global moins élevé que celui qu'ils reçurent en vertu de leur convention collective.

L'appelante soumet trois propositions:

1. Eu égard aux travaux exécutés par ses salariés, l'intimée est assujettie à la *Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction.*

2. L'objet de la *Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction* ne justifie pas de s'écarter du sens clair du texte.

3. Le décret de la construction est d'ordre public pour tous les employeurs et salariés assujettis à la *Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction.*

La première proposition de l'appelante:
Eu égard aux travaux exécutés par ses salariés, l'intimée est assujettie à la *Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction*

L'appelante appuie sa première proposition sur les termes de la Loi et sur ceux du décret, sur le règlement d'application de la Loi, sur la tradition en matière de décrets de convention collective, sur la jurisprudence des tribunaux judiciaires et sur les décisions du commissaire de la construction.

La position fondamentale de l'intimée est à l'effet que le décret ne s'applique qu'à l'industrie de la

submission of respondent this expression means all the businesses and workers engaged in construction. Accordingly, the Act does not apply to a person engaged in mass transit. Respondent pointed to the very title of the Act, which refers to the construction industry. It also relied on the preamble to s. 2, which states: "This act shall apply to employers and employees in the construction industry". Respondent further relied on the many references made in the Act to "the construction industry", in particular in ss. 3, 13, 14 and 59. Finally, it relied on the name given to the body responsible for implementing any decree adopted pursuant to the Act, namely the Construction Industry Commission.

I agree that the construction industry may include all businesses and workers engaged in construction. It does not necessarily follow that only these businesses or workers are covered by the Act. The applicable provisions must be examined to determine what they cover. In my opinion, and I say so with respect, respondent's position is untenable.

If what it says were true, the Act would only apply to a "professional employer" as defined in s. 1(*e*), that is an employer whose main activity was construction work and who habitually employed employees for any kind of work which is the object of a decree.

Section 1(*i*) gives a separate definition of the word "employer": anyone who has work done by an employee. It is the word "employer", not the phrase "professional employer", which appears in s. 2. Subsection (2) of that section specifically distinguishes an employer from a professional employer in excluding maintenance and repair work.

Besides the phrase "maintenance and repair work", that same subsection contains the expression "permanent employees".

The word "construction", as defined in s. 1(*e*), takes in much more than maintenance and repair. However, only maintenance and repair work is

construction. De l'avis de l'intimée cette expression signifie l'ensemble des entreprises et des travailleurs dont l'occupation est la construction. La Loi ne s'appliquerait donc pas à elle dont l'occupation est le transport en commun. L'intimée se fonde sur le titre même de la Loi qui réfère à l'industrie de la construction. Elle se fonde aussi sur le préambule de l'art. 2 qui déclare: «La présente loi s'applique aux employeurs et aux salariés de l'industrie de la construction». L'intimée se fonde encore sur les nombreux renvois que la Loi fait à «l'industrie de la construction», notamment aux art. 3, 13, 14 et 59. Elle se fonde enfin sur le nom donné à l'organisme chargé de la mise à exécution de tout décret adopté en vertu de la Loi, soit la Commission de l'industrie de la construction.

Je conviens que l'industrie de la construction peut s'entendre de l'ensemble des entreprises et des travailleurs dont l'occupation est la construction. Il n'en résulte pas nécessairement que seules ces entreprises et seuls ces travailleurs sont sujets à l'application de la Loi. Il faut en examiner les dispositions pertinentes afin de savoir ce qu'elles visent. À mon avis, je le dis avec égards, la position de l'intimée est intenable.

S'il en était comme elle le soumet, la Loi ne s'appliquerait qu'à l'«employeur professionnel» tel que défini à l'al. 1*e*), c'est-à-dire à celui dont l'activité principale est d'effectuer des travaux de construction et qui emploie habituellement des salariés pour un genre de travail qui fait l'objet d'un décret.

Or l'alinéa 1*i*) donne une définition distincte du mot «employeur»: quiconque fait exécuter un travail par un salarié. C'est le mot «employeur» et non l'expression «employeur professionnel» que l'on retrouve à l'art. 2. Le par. 2° de cet article distingue spécifiquement l'employeur de l'employeur professionnel quand il s'agit d'exclure les travaux d'entretien et de réparation.

Ce même paragraphe renferme, outre l'expression «travaux d'entretien et de réparation», l'expression «salariés permanents».

Le mot «construction» tel que défini à l'al. 1*e*) englobe bien plus que l'entretien et la réparation. Cependant, seuls sont dispensés de l'application de

excluded from the scope of the Act in the circumstances indicated.

A "permanent employee" is one who habitually does maintenance work or who does production work in an establishment.

Without ruling out the possibility that the expression "construction industry" means all businesses and workers engaged in construction, it must be concluded in my opinion that the Act covers the particular activities falling within the definition of construction. It is these activities which are governed by the Act and the Decree.

In the definition of "professional employer" commented on above, reference is made to employees engaged in "any kind of work which is the object of a decree". This means that the decree covers a "kind of work", not merely a category of employers or employees. It follows that, in order to determine whether a particular employer or employees are covered, one must look at the nature of the work done and not simply at the status of the parties.

Any other conclusion would deprive the distinctions made by the Act between "employer" and "professional employer", between "employee" and "permanent employee", of all meaning.

It would at the same time render the exceptions listed in s. 2 pointless.

That section states that "This act shall apply to employers and employees in the construction industry but it shall not apply . . . . "

The section then lists seven exceptions, the first of which is for agricultural exploitations. Agricultural exploitations are obviously not construction undertakings. If the Act applied only to construction undertakings, as respondent suggests, this exception would be meaningless.

The second exception, the one with which we are concerned, is that the Act does not apply to "maintenance and repair work". The provision does not state that it does not apply to categories of employers or employees. The same is true for

la Loi, dans les circonstances indiquées, les travaux d'entretien et de réparation.

Le «salarié permanent» est celui qui fait habituellement des travaux d'entretien et celui qui travaille à la production dans un établissement.

Sans exclure que l'expression «industrie de la construction» puisse s'entendre de l'ensemble des entreprises et des travailleurs dont l'occupation est la construction, il faut néanmoins conclure, à mon avis, que la Loi vise des activités particulières qui entrent dans le champ de la définition de construction. Ce sont ces activités qui sont régies par la Loi et par le décret.

Dans la définition d'«employeur professionnel» commentée plus haut, il est fait mention de salariés employés «pour un genre de travail qui fait l'objet d'un décret». Cela signifie que le décret vise «un genre de travail» et non pas seulement une catégorie d'employeurs ou de salariés. Il s'ensuit que pour déterminer si tel employeur ou tels salariés sont visés il faut tenir compte de la nature du travail effectué et non pas seulement de la qualité ou du statut des parties.

Conclure autrement consisterait à dénuer de toute signification les distinctions que la Loi fait entre «employeur» et «employeur professionnel», entre «salarié» et «salarié permanent».

Ce serait du même coup rendre inutiles les exceptions énumérées à l'art. 2.

Cet article porte que «la présente loi s'applique aux employeurs et aux salariés de l'industrie de la construction; toutefois, elle ne s'applique pas . . . »

Suivent sept exceptions dont la première est relative aux exploitations agricoles. Les exploitations agricoles ne sont manifestement pas des entreprises de construction. Si la Loi ne s'appliquait qu'aux entreprises de construction comme le veut l'intimée cette exception n'aurait aucune raison d'être.

La deuxième exception, celle qui nous intéresse, est à l'effet que la Loi ne s'applique pas «aux travaux d'entretien et de réparation». Il n'est pas écrit qu'elle ne s'applique pas à des catégories d'employeurs ou de salariés. Il en va de même des

the other exceptions, under which certain work is excluded from the scope of the Act.

The very wording of s. 2 clearly shows that apart from the case of agricultural exploitations, the exceptions do not relate to categories of persons, employers or employees but to well-defined work done by given categories of employees for a given employer or category of employers.

Subsection (2), relates to "maintenance and repair work done by permanent employees hired directly by an employer other than a professional employer". In the case at bar, all the conditions are met except that relating to the nature of the work. Respondent is not a professional employer and the employees are permanent employees, but the Superior Court and the Court of Appeal concluded that the work at issue in appellant's claim is construction work rather than maintenance and repair work. It follows that the Act applies.

Appellant further relied on the wording of the Decree, and in particular on ss. 3.01 and 3.02, cited above. As has been seen, s. 3.02 explains what "maintenance work" means by indicating what it does not include. Respondent objected to this definition of maintenance work. In its submission, respondent wrote:

> [TRANSLATION] Under s. 28 of the Act, the content of the Decree is limited to the classification of employees, remuneration, working hours and so on. In that case, can it contain a definition of maintenance work?—and when the negotiators of the collective agreement on which the Decree was based adopted this definition, when the Minister agreed to include it in the proclamation of the Decree, did they not exceed the powers conferred on them by the Act? Consequently, in our submission this provision of the Decree is ultra vires.

Be that as it may, I do not think this section is conclusive in determining whether the Act applies in the case at bar and the arguments based on the Act are sufficient. I express no opinion on this additional argument submitted by appellant.

autres exceptions aux termes desquelles certains travaux sont écartés de l'application de la Loi.

La formulation même de l'art. 2 montre bien que sauf le cas des exploitations agricoles, ce ne sont pas des catégories de personnes, employeurs ou salariés, auxquelles la Loi ne s'applique pas mais des travaux bien définis exécutés par les catégories de salariés déterminés pour le compte d'un employeur désigné ou d'une catégorie d'employeurs.

Dans le cas du par. 2°, il s'agit des «travaux d'entretien et de réparation exécutés par des salariés permanents embauchés directement par un employeur autre qu'un employeur professionnel». En l'espèce, toutes les conditions sont remplies sauf celle relative à la nature des travaux. L'intimée n'est pas un employeur professionnel et les salariés sont des salariés permanents, mais la Cour supérieure et la Cour d'appel ont conclu que les travaux auxquels se rapporte la réclamation de l'appelante sont des travaux de construction par opposition à des travaux d'entretien et de réparation. Il s'ensuit que la Loi s'applique.

L'appelante s'appuie également sur les termes du décret, plus particulièrement sur les art. 3.01 et 3.02 précités. On aura noté que l'art. 3.02 précise le sens de «travaux d'entretien» en spécifiant ce qu'ils ne comprennent pas. L'intimée s'est élevée contre cette définition des travaux d'entretien. L'intimée écrit dans son mémoire:

> Selon l'article 28 de la Loi, le contenu du Décret est limité à la classification des employés, à la rémunération, à la durée du travail, etc. Peut-il alors contenir une définition de travaux d'entretien? Et, les négociateurs de la convention collective qui a donné lieu au Décret, lorsqu'ils ont adopté cette définition, de même que le Ministre, lorsqu'il a accepté de l'inclure dans la proclamation du décret, ne sont-ils pas allés au-delà des pouvoirs que la Loi leur accorde? En conséquence, cette disposition du décret nous semble «ultra vires».

Quoi qu'il en soit, cet article ne m'apparaît pas concluant pour déterminer si la Loi s'applique en l'espèce et les moyens tirés de la Loi sont suffisants. Je ne me prononce pas sur ce moyen additionnel soumis par l'appelante.

Appellant further relied on *Regulation No. 1 concerning the scope of the Construction Industry Labour Relations Act*, (1971) 103 O.G. 67.

That Regulation was made pursuant to s. 2*a* of the Act to "determine more specifically the scope" of the said Act. *Inter alia* the Regulation creates the concept of a casual employee: this is an employee "who usually performs work other than construction work but who may be called upon, in the carrying out of his usual work, to perform work within or outside the scope of the Act, either occasionally or periodically". Under subs. 6 of s. 3, only the clauses of the decree concerning remuneration, working hours, overtime, general holidays and union security apply to casual employees. It may be noted that the clauses of the decree regarding union security do not apply to a casual employee who is already a member of a union.

The Regulation illustrates that, contrary to respondent's argument, the Act and the Decree can apply to an employee whose main occupation is not construction.

The foregoing suffices to support appellant's first proposition, so that it is not necessary to consider established practice regarding collective agreement decrees or the legislative background. I will close on this point by citing certain cases which support appellant's proposition and a decision by the Building Commissioner to the same effect.

In *Comité Paritaire de l'Industrie de l'Imprimerie de Montréal et du District v. Dominion Blank Book Co.*, [1944] S.C.R. 213, this Court dismissed the argument that the employer's main activity was not that covered by the Decree and considered instead the nature of the work done. Taschereau J., as he then was, wrote for the Court at p. 219:

It is obvious that by these imperative and unequivocal texts, the legislature intended to bind not only the signators to the agreement, but also all employees and employers who are engaged in a similar trade or business. It is as a consequence of the legal extension conferred by the decree, that all those performing work

L'appelante invoque d'autre part le *Règlement numéro 1 relatif au champ d'application de la Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction*, (1971) 103 G.O. 67.

Ce règlement est pris en vertu de l'art. 2*a* de la Loi afin de «préciser davantage le champ d'application» de la Loi. Entre autres ce règlement crée le concept de salarié occasionnel. Il s'agit d'un salarié «qui travaille habituellement ailleurs que dans la construction mais qui peut être appelé dans l'exécution normale de son travail à œuvrer et à l'intérieur et à l'extérieur du champ d'application de la Loi, à l'occasion ou à intervalles réguliers». Selon le par. 6° de l'art. 3, seules s'appliquent aux salariés occasionnels les clauses du décret relatives à la rémunération, à la durée du travail, aux heures supplémentaires, aux jours fériés et au régime syndical. Précisons que les clauses du décret relatives au régime syndical ne s'appliquent pas au salarié occasionnel déjà syndiqué.

Ce règlement illustre que la Loi et le décret peuvent s'appliquer à un salarié dont l'occupation principale n'est pas la construction, contrairement à ce que prétend l'intimée.

Ce qui précède suffit à soutenir la première proposition de l'appelante sans qu'il soit nécessaire de considérer la tradition en matière de décrets de convention collective ou l'historique législatif. Je terminerai sur ce point en citant quelques arrêts qui appuient la proposition de l'appelante ainsi qu'une décision du commissaire de la construction au même effet.

Dans *Comité Paritaire de l'Industrie de l'Imprimerie de Montréal et du District c. Dominion Blank Book Co.*, [1944] R.C.S. 213, cette Cour rejeta l'argument que l'activité principale de l'employeur n'était pas celle régie par le décret et considéra plutôt la nature du travail effectué. Au nom de la Cour, le juge Taschereau, plus tard Juge en chef, écrit à la p. 219:

[TRADUCTION] Il est évident que, par ces textes impératifs et non équivoques, le législateur a voulu lier non seulement les signataires de la convention mais aussi tous les employés et tous les employeurs œuvrant dans le même genre d'entreprise. L'extension légale conférée par le décret a comme conséquence que tous ceux qui

of the same nature or kind become subject to its provisions.

In *Ste-Marie v. Comité Conjoint (Construction)*, [1952] Que. K.B. *255*, the Court of Appeal held:

[TRANSLATION] Plaintiff is claiming $354 from defendant, being the difference between the wage set by a collective agreement and the wage in fact paid to two employees. Defendant argues that it is not subject to this agreement because its two employees participated in certain trade work from time to time, not on a regular basis, and it further argues that their services were used in the operation and maintenance of its plant on an intermittent basis.

The Court of Appeal finds that the work done is work contemplated by the collective agreement, and moreover that it is not the type of undertaking engaged in by the employer which matters but the nature of the work done by the employees.

In *Commission du salaire minimum v. Beau-Lab Co.*, [1976] R.D.T. 116, the Court had to consider whether the installation of cupboards and counters on site by the workers who had made them in the plant was covered by the Construction Decree. Turgeon J.A. wrote for the Court of Appeal, at p. 119:

[TRANSLATION] The actual nature of the work done by the employee has to be determined in order to decide whether he falls within the scope of the Construction Decree.

In *Commission de l'industrie de la construction v. Hôpital St-François d'Assise*, S.C. Quebec, No. 200-05-001950-745, September 30, 1975, employees of the hospital had installed a fire safety system. After analysing the evidence, Roberge J. wrote:

[TRANSLATION] ... the Court concludes that in the case at bar this was construction work: a complete fire safety system had to be installed in the old section of this building and this was very much like a renovation; in any event, the Court cannot for a moment regard major work involving some $150,000 simply as maintenance work;

In that case the Commission's claim involved three employees. The judge allowed the action in respect of the first two, who were [TRANSLATION] "engaged in the construction work covered by the

exécutent un travail de même nature ou de même espèce deviennent assujettis à ses dispositions.

Dans *Ste-Marie c. Comité Conjoint (Construction)*, [1952] B.R. *255*, la Cour d'appel a décidé ce qui suit:

Le demandeur réclame au défendeur $354, soit la différence entre le salaire déterminé par une convention collective et le salaire effectivement payé à deux employés. Le défendeur plaide qu'il n'est pas assujetti à cette convention parce que ses deux employés ont participé à certains travaux de métier de temps à autre et non régulièrement et il ajoute que leurs services ont été utilisés pour l'opération et l'entretien de son usine et cela par intermittence.

La Cour d'appel déclare que le travail exécuté est un travail prévu par la convention collective et que, d'ailleurs, ce n'est pas le genre d'entreprise auquel se livre l'employeur qui importe, mais la nature du travail exécuté par les employés.

Dans *Commission du salaire minimum c. Beau-Lab Co.*, [1976] R.D.T. 116, il s'agissait de déterminer si l'installation sur le chantier d'armoires et de comptoirs par les ouvriers qui les avaient fabriqués en usine était régie par le décret de la construction. Le juge Turgeon écrit au nom de la Cour d'appel, à la p. 119:

Il faut déterminer la nature même des travaux effectués par l'ouvrier pour savoir s'il tombe sous le coup du décret de la construction.

Dans *Commission de l'industrie de la construction c. Hôpital St-François d'Assise*, C.S. Québec, n° 200-05-001950-745, 30 septembre 1975, des employés de l'hôpital avaient fait l'installation d'un système de protection contre l'incendie. Après l'analyse de la preuve, le juge Roberge écrit:

... le tribunal en vient à la conclusion qu'il s'agit en l'occurrence, de travaux de construction; en effet, il fallait installer dans la vieille partie de cet édifice un système complet de sécurité contre l'incendie et cela s'apparente fortement à une rénovation; par ailleurs, le Tribunal ne peut songer un instant que des travaux majeurs de l'ordre de $150, 000 peuvent être simplement des travaux d'entretien;

Dans cette affaire la réclamation de la Commission se rapportait à trois salariés. Le juge a accueilli l'action quant aux deux premiers «engagés dans des travaux de construction couverts par

Construction Industry Labour Relations Act and the related Decree". He dismissed the claim in respect of the third, who was a permanent employee and had [TRANSLATION] "actually been employed in certain maintenance repair work".

Under s. 2*b* of the Act, "Any difficulty in the interpretation or application of section 2 or of the regulations passed under section 2*a* must be referred to a commissioner called the building commissioner .... " Under ss. 2*c* and 31, such decisions are not subject to appeal. Indeed, in *Commission de l'industrie de la construction v. Steinman*, [1977] C.A. 340, the Court of Appeal held that the Commissioner exercises exclusive jurisdiction.

I should point out that in the case at bar no "difficulty" was referred to the Building Commissioner. The question of whether reference to the Commissioner was necessary or advisable was a matter of some debate in this Court. However, respondent did not challenge the jurisdiction of the Superior Court by relying on the fact that the matter was not referred to the Commissioner, but was taken directly to the Court. I will proceed no further with this point.

The fact remains that on several occasions the Commissioner has been required to rule on the scope of the legislation, as in *Office de la construction du Québec v. Hôtel-Dieu de Québec*, C.C. 651-77, Case 84 LR, June 21, 1978, which creates a precedent. In that case involving the Hôtel-Dieu, it was held:

[TRANSLATION] The argument by counsel for the employer that his client is not a construction industry employer and his client's employees are not construction industry employees within the meaning of subs. 1 of s. 2 of the Act would be more persuasive if the legislature in s. 2 had not added subss. (1) *et seq.* specifying the exceptional cases in which employers, employees or work do not come within the scope of the Act. The wording of the Act must be taken as a whole.

If the legislature had intended the Act to apply only to employers and employees in the construction industry, in the sense suggested by counsel for the employer, it would have been redundant to add the subsections mentioned above, which actually cover all employers other than construction industry employers.

la Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction et par le décret y relatif». Il a rejeté la réclamation quant au troisième qui était un salarié permanent et avait «plutôt été employé à certaines réparations d'entretien».

En vertu de l'art. 2*b* de la Loi, «Toute difficulté d'interprétation ou d'application de l'article 2 ou des règlements adoptés en vertu de l'article 2*a* doit être déférée à un commissaire appelé commissaire de la construction ...» Suivant les art. 2*c* et 31, ces décisions sont sans appel. Bien plus dans *Commission de l'industrie de la construction c. Steinman*, [1977] C.A. 340, la Cour d'appel a décidé que la compétence du commissaire est exclusive.

Je ferai observer qu'en l'espèce aucune «difficulté» n'a été déférée au commissaire de la construction. La question de la nécessité et de l'opportunité de s'adresser au commissaire a été quelque peu débattue devant cette Cour. Cependant l'intimée n'a pas mis en doute la compétence de la Cour supérieure en invoquant le fait qu'on n'avait pas déféré l'affaire au commissaire mais qu'on s'était adressé directement à la cour. Je laisse cette question de côté.

Il demeure que le commissaire a été à maintes reprises appelé à se prononcer sur le champ d'application, notamment dans *Office de la construction du Québec c. Hôtel-Dieu de Québec*, C.C. 651-77, cas 84 LR, 21 juin 1978, laquelle décision fit jurisprudence. Dans cette affaire relative à l'Hôtel-Dieu, on peut lire:

L'argument du procureur de l'employeur à l'effet que sa cliente n'est pas un employeur de l'industrie de la construction et les salariés de sa cliente ne sont pas des salariés de l'industrie de la construction, au sens du premier alinéa de l'article 2 de la loi, serait davantage retenu si le législateur, à cet article 2, n'avait pas ajouté les paragraphes 1° et suivants spécifiant des cas d'exceptions où des employeurs, salariés ou travaux ne sont pas compris dans le champ d'application de la loi. Le texte de la loi doit être pris dans son ensemble.

Si le législateur avait voulu n'appliquer la loi qu'aux employeurs et aux salariés de l'industrie de la construction dans le sens que l'entend le procureur de l'employeur, il aurait été superflu d'ajouter les paragraphes mentionnés ci-dessus qui visent tous, d'ailleurs, des employeurs autres que des employeurs de l'industrie de la construction.

Appellant's Second Proposition:
Purpose of the *Construction Industry Labour Relations Act* does not Justify Disregarding the Clear Meaning of the Legislation

The purpose of the Act as seen by the Superior Court judge and the majority judges on the Court of Appeal is described in the passages from their reasons cited above.

I see no substantial difference between these descriptions and that of appellant, as appears in its submission:

[TRANSLATION] The purpose of the Act . . . is to set up special provisions governing labour relations between employers and employees in the construction industry, including machinery for legal extension of the collective agreement. The legislature intended among other things to resolve the eternal problem of union representation in the industry, make certain that all employees would have reasonable working conditions and introduce provisions for security of employment.

It is the consequences to be drawn from this which are important.

In *Canadian National Ry. Co. v. Province of Nova Scotia*, [1928] S.C.R. 106, Duff J., as he then was, wrote for the Court at pp. 120-21:

The function of this court is to give effect to the intention of the legislature, as disclosed by the language selected for the expression of that intention. Whatever views may have inspired the policy of the statute, it is no part of the function of a court of law to enlarge, by reference to such views, even if they could be known with certainty, the scope of the operative parts of the enactment in which the legislature has set forth the particular means by which its policy is to be carried into effect.

In *Wellesley Hospital v. Lawson*, [1978] 1 S.C.R. 893, at p. 902, Pigeon J. cited the following passage from Duff C.J., speaking for the Court, in *The King v. Dubois*, [1935] S.C.R. 378, at p. 381:

The duty of the court in every case is loyally to endeavour to ascertain the intention of the legislature; and to ascertain that intention by reading and interpreting the language which the legislature itself has selected for the purpose of expressing it.

La deuxième proposition de l'appelante:
L'objet de la *Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction* ne justifie pas de s'écarter du sens clair du texte

L'objet de la Loi tel que l'ont perçu le juge de la Cour supérieure et les juges de la majorité de la Cour d'appel est décrit dans les passages précités de leurs motifs.

Je ne vois pas de différence substantielle entre ces descriptions et celle de l'appelante qui écrit dans son mémoire:

L'objet de la loi [. . .] est d'instaurer un régime particulier de relations de travail entre les employeurs et les employés de l'industrie de la construction, incluant un mécanisme d'extension juridique de la convention collective. Le législateur a voulu entre autres régler l'éternel problème de la représentation syndicale dans l'industrie, assurer des conditions de travail raisonnables à tous les salariés et instaurer un régime de sécurité d'emploi.

Ce sont les conséquences à en tirer qui importent.

Dans *Canadian National Ry. Co. c. Province of Nova Scotia*, [1928] R.C.S. 106, le juge Duff, plus tard Juge en chef, écrit au nom de la Cour, aux pp. 120 et 121:

[TRADUCTION] Le rôle de cette cour est de donner effet à l'intention du législateur révélée par le langage qu'il a choisi pour exprimer cette intention. Quelles que soient les opinions qui aient pu être à l'origine du principe de la loi, ce n'est pas le rôle d'une cour de justice, en se référant à ces opinions, même si elle pouvait les connaître avec certitude, d'élargir la portée des dispositions exécutoires de la Loi dans lesquelles le législateur a énuméré les moyens précis par lesquels sa politique doit être mise à exécution.

Dans *Wellesley Hospital c. Lawson*, [1978] 1 R.C.S. 893, à la p. 902, le juge Pigeon cite le passage suivant du juge Duff, au nom de la Cour, dans *The King v. Dubois*, [1935] R.C.S. 378, à la p. 381:

[TRADUCTION] Dans tous les cas, la cour doit s'efforcer loyalement de déterminer l'intention de la Législature; et de le faire en lisant et en interprétant les termes que la Législature elle-même a choisis pour exprimer cette intention.

To start with presumptions as to policy is, as Lord Haldane said in *Vacher & Sons Ltd. v. London Society of Compositors* ([1913] A.C. 107, at 113), to enter upon a labyrinth for the exploration of which the judge is provided with no clue.

In *Town of St-Bruno de Montarville v. Mount Bruno Association Ltd.*, [1971] S.C.R. 623, Pigeon J. wrote for the Court at p. 626:

In my opinion the basic rule of interpretation must govern this case, ascertaining the meaning of the words used by the legislature, rather than speculating as to its intentions.

In *Rosen v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 961, McIntyre J. wrote for the majority of the Court at p. 975:

The parliamentary intention ... must be found in the words Parliament employed.

In *R. v. Philips Electronics Ltd.* (1980), 30 O.R. (2d) 129, Goodman J.A. wrote for the majority on the Ontario Court of Appeal, at p. 136:

The provisions of s. 38(1) are clear and unambiguous in their meaning. In my view the Court should not by resorting to the provisions of s. 11 of the *Interpretation Act* give an interpretation to the section which represents the Court's view as to the intention of Parliament, in substitution for the meaning of the section as disclosed by its clear wording. It is the latter meaning which must be taken as disclosing Parliament's intention.

This judgment of the Ontario Court of Appeal was affirmed by this Court, the judgment of which is published at [1981] 2 S.C.R. 264.

I agree with the following passage taken from appellant's submission:

[TRANSLATION] Several means were used to attain these ends, such as quantitative control of the labour force and, most importantly, extending the industrial scope of the Act as far as possible so as to reserve for construction professionals all work falling within the statutory definition of "construction". This definition is very wide and the legislature even reserved for the Lieutenant Governor in Council a right to include certain other work in it by regulation (s. 2a C.I.L.R.A.)

Présumer de l'intention général[e] au départ, cela revient, comme lord Haldane le déclarait dans *Vacher & Sons Ltd. v. London Society of Compositors* ([1913] A.C. 107, à la p. 113) à pénétrer dans un labyrinthe pour l'exploration duquel le juge ne dispose d'aucun fil conducteur.

Dans *Ville de St-Bruno de Montarville c. Mount Bruno Association Ltd.*, [1971] R.C.S. 623, le juge Pigeon écrit, au nom de la Cour, à la p. 626:

À mon avis, il faut ici s'en tenir à la règle fondamentale d'interprétation: rechercher le sens des mots dont le législateur s'est servi au lieu de spéculer sur ses intentions.

Dans *Rosen c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 961, le juge McIntyre écrit, au nom de la majorité, à la p. 975:

On doit dégager l'intention du législateur des termes qu'il a employés.

Dans *R. v. Philips Electronics Ltd.* (1980), 30 O.R. (2d) 129, le juge Goodman écrit, au nom de la majorité de la Cour d'appel de l'Ontario, à la p. 136:

[TRADUCTION] Les dispositions du par. 38(1) ont un sens clair et non équivoque. À mon avis, la Cour ne doit pas, en faisant appel aux dispositions de l'art. 11 de la *Loi d'interprétation*, donner au paragraphe une interprétation qui représente son opinion quant à l'intention du Parlement, en remplacement du sens du paragraphe qui se dégage de ses termes clairs. C'est ce dernier sens qui révèle l'intention du Parlement.

Cet arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario a été confirmé par cette Cour dont l'arrêt est publié à [1981] 2 R.C.S. 264.

Je suis d'accord avec l'extrait suivant tiré du mémoire de l'appelant:

Pour atteindre ces buts, plusieurs moyens ont été mis en œuvre, tels le contrôle quantitatif de la main-d'œuvre et surtout une extension maximale du champ d'application industriel de la Loi afin de réserver aux professionnels de la construction tous les travaux qui entrent dans la définition statutaire de «construction». Or, cette définition est très large et le législateur a même réservé au Lieutenant-gouverneur en conseil la possibilité d'y inclure par règlement certains autres travaux (article 2a L.R.T.I.C.)

At the same time the legislature, undoubtedly for practical and economic reasons, provided for exceptions including that in s. 2, subs. (2), in favour of non-professional employers.

The legislature clearly intended to lighten the burden on owners and public corporations by allowing them to do maintenance and repair work on their buildings themselves; but it certainly did not intend for them to do more than that, or it would have said so. In a similar way, it allowed municipalities to do construction work on piping, sewers, sidewalks and so on (s. 2(3) C.I.L.R.A.)

It is this reasoning which is the fabric underlying the C.I.L.R.A., and this reasoning is completely in harmony with the provisions of the legislation.

It might be added that though the legislature wished to lighten the burden on owners and public corporations, it did not in so doing intend for them to set up their own building departments to do their work more cheaply as a means of avoiding the provisions of the Decree.

I adopt the following passage from the reasons of McCarthy J.A., dissenting:

[TRANSLATION] In my opinion, the position taken by appellant is supported by the legislation and is neither unreasonable nor manifestly unjust. We should therefore apply the legislation as it stands.

Appellant's Third Proposition:
Construction Decree is a Matter of Public Order for all Employers and Employees Subject to the *Construction Industry Labour Relations Act*

Under this heading appellant submitted, first, that respondent cannot enter into an agreement that the Construction Decree will not apply, and second, that it cannot make a set-off between the monies paid under the collective agreement and those due under the Decree or rely on the total wage concept used by the Superior Court and by the Court of Appeal.

On the first point, appellant cited the provisions of the Act and the Decree.

Section 20 of the Act provides:

En revanche, sans doute pour des raisons pratiques et économiques, le législateur a prévu certaines exceptions, dont celle de l'article 2, par. 2 en faveur des employeurs non professionnels.

De toute évidence, le Législateur a voulu alléger le fardeau des propriétaires et corporations publiques en leur permettant de faire eux-mêmes l'entretien et la réparation de leurs édifices. Mais il n'a certainement pas voulu qu'ils fassent plus que cela, sinon il l'aurait stipulé. Dans la même veine, il a permis aux municipalités d'effectuer des travaux de construction relatifs aux canalisations d'eau, égouts, trottoirs, etc. (article 2(3) L.R.T.I.C.)

C'est ce raisonnement qui fondamentalement constitue la trame de la L.R.T.I.C., et ce raisonnement est en parfaite harmonie avec le texte législatif.

On pourrait ajouter que si le législateur a voulu alléger le fardeau des propriétaires et des corporations publiques il n'a pas voulu pour autant que ceux-ci établissent leurs propres services de construction dans le but de réaliser leurs travaux à un coût moindre en esquivant les prescriptions du décret.

Je fais mien le passage suivant des motifs du juge McCarthy, dissident:

À mon avis, la position prise par l'appelante est appuyée par les textes législatifs et n'est ni absurde ni manifestement injuste. Nous devons donc appliquer les textes tels quels.

La troisième proposition de l'appelante:
Le décret de la construction est d'ordre public pour tous les employeurs et salariés assujettis à la *Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction*

Sous ce titre l'appelante soumet premièrement que l'intimée ne peut, par convention, écarter l'application du décret de la construction et deuxièmement qu'elle ne peut opérer compensation entre les sommes versées en vertu de la convention collective et celles exigibles en vertu du décret ou encore invoquer le concept de salaire global retenu par la Cour supérieure et par la Cour d'appel.

Quant au premier point, l'appelante s'appuie sur les dispositions de la Loi et du décret.

L'article 20 de la Loi stipule:

20. The adoption of the decree shall render all the clauses of the collective agreement obligatory; its provisions entail a matter of public order.

Additionally, s. 18.06 of the Decree states:

18.06 No individual contract between an employer and any employee shall provide for conditions less advantageous than those provided for in the decree. Any contract to the contrary shall be null and void.

Section 32.03 states:

32.03 Any express or tacit renunciation of the provisions of this decree is null and shall in no way justify an employer whose employee was excluded from the benefits of this decree's provisions.

Respondent did not dispute that the provisions of the Decree were a matter of public order. However, it argued that the Decree only applies to the construction industry in the sense which it gave to that expression.

Respondent's argument is relevant only if its argument as to the scope of the Act is accepted. I have already disposed of this first argument and concluded that, in order to determine what the scope of the Act is, the Court must look at the nature of the work done and not limit itself to the status of the parties. No further elaboration is necessary.

On the second point, s. 1(*p*) of the Act defines the word "wage" as follows:

(*p*) "wage": the remuneration in currency, and the indemnities or benefits of a pecuniary value as determined in a decree;

Respondent submitted that the legislature has long defined this word in this way, in particular in the *Minimum Wage Act*, R.S.Q. 1964, c. 144, s. 1(*h*), since replaced by the *Act respecting labour standards*, R.S.Q., c. N-1.1, s. 1(9), and in the *Act respecting collective agreement decrees*, R.S.Q., c. D-2, s. 1(*i*).

Respondent further submitted that:

[TRANSLATION] All the benefits conferred by a particular employment must accordingly be taken into account in determining the pay received by the employee. The yardstick for deciding whether a benefit is part of salary consists of determining whether the benefit is "the consideration for the services rendered to the employer by the employee".

20. L'adoption du décret rend obligatoires toutes les clauses de la convention collective; ses dispositions sont d'ordre public.

D'autre part l'art. 18.06 du décret pose ceci:

18.06 Tout contrat individuel entre un employeur et un salarié ne peut stipuler des avantages moindres que ceux qui sont prévus au décret. Tout contrat à ce contraire est nul et non avenu.

Et l'art. 32.03 énonce:

32.03 Toute renonciation expresse ou tacite aux dispositions du décret est nulle et non avenue et ne constitue pas une justification pour l'employeur dont le salarié n'a pas bénéficié de telles dispositions.

L'intimée ne conteste pas le caractère d'ordre public des dispositions du décret. Cependant elle soutient qu'il ne vaut que pour l'industrie de la construction entendue dans le sens qu'elle donne à cette expression.

L'argument de l'intimée n'a de pertinence que si l'on est d'accord avec son argument relatif au champ d'application de la Loi. J'ai déjà disposé de ce premier argument et conclu que pour déterminer le champ d'application de la Loi, il faut rechercher la nature du travail effectué et ne pas se limiter aux seuls qualité ou statut des parties. Il n'est pas nécessaire d'en traiter davantage.

Quant au deuxième point, l'al. 1*p*) de la Loi définit le mot salaire de la façon suivante:

p) «salaire»: la rémunération en monnaie courante et les indemnités ou avantages ayant une valeur pécuniaire que détermine un décret;

Depuis longtemps, soumet l'intimée, le législateur a ainsi défini ce mot, particulièrement dans la *Loi du salaire minimum*, S.R.Q. 1964, chap. 144, al. 1*h*), remplacé depuis par la *Loi sur les normes du travail*, L.R.Q., chap. N-1.1, par. 1.9°, et dans la *Loi sur les décrets de convention collective*, L.R.Q., chap. D-2, al. 1*i*).

L'intimée soumet encore ceci:

Tous les avantages procurés par un emploi doivent donc être pris en considération dans l'appréciation de la rémunération dont bénéficie l'employé. Le critère pour décider si un avantage fait partie du salaire consiste à déterminer si cet avantage constitue «la contrepartie des services rendus par l'employé à l'employeur».

Respondent relied on the Superior Court judgment in *Provencher v. Bissonnette*, S.C. Arthabaska, No. 415-05-000337-76, May 15, 1978.

It should be mentioned that in that case there was a claim for bodily injury and the Court had to determine the indemnity to which plaintiff was entitled for wages.

The difficulty I see with respondent's argument lies in the fact that the Act defines the word wage with reference to remuneration and indemnities or benefits "as determined in a decree". What has binding force, and cannot be disregarded, are the conditions determined by the Decree. The question is not one of the total wage but of the specific conditions determined by the decree, which in the case at bar relate to wages, vacation pay, social benefits, contributions to the Fonds d'indemnisation and withholdings.

The employer is free to confer other and possibly more generous benefits on its employees, but they must receive the remuneration and indemnities or benefits specified by the Decree.

As appellant wrote:

[TRANSLATION] The reason that the Decree determines the wage rate for all trades, the percentage of vacation pay and the amount of contributions to social benefits is that the intent was to ensure that all employees covered by it received total pay consistent with the proportions stated.

Respondent is not entitled to alter those proportions or to introduce equivalences between the various components of the total pay. Respondent cannot pay a lower hourly wage on the pretext that it pays higher vacation pay or because its employees enjoy some other advantage.

So far as I know, this is how Acts extending the effect of collective agreements and Decrees have always been interpreted.

In *Comité conjoint des métiers de la construction v. Bisson* (1937), 75 C.S. 209, Lazure J. wrote at pp. 210-11:

L'intimée s'appuie sur le jugement de la Cour supérieure dans *Provencher c. Bissonnette*, C.S. Arthabaska, nº 415-05-000337-76, 15 mai 1978.

Il convient de mentionner que dans cette affaire il s'agissait d'une réclamation pour blessures corporelles et qu'il fallait déterminer l'indemnité à laquelle la demanderesse avait droit au poste du salaire.

La difficulté que je vois à la prétention de l'intimée provient du fait que la Loi définit le mot salaire en référant à la rémunération et aux indemnités ou avantages «que détermine un décret». Ce qui est obligatoire et ce à quoi on ne peut déroger ce sont les conditions déterminées par le décret. Il n'y est aucunement question de salaire global, mais de conditions précises que le décret détermine, à savoir, en l'espèce, au titre des salaires, des indemnités de vacances, des avantages sociaux, des contributions au Fonds d'indemnisation et du prélèvement.

L'employeur est libre d'accorder à ses salariés d'autres avantages, plus généreux même que ceux du décret, mais ceux-ci doivent recevoir la rémunération et les indemnités ou avantages que détermine le décret.

Comme l'écrit l'appelante:

Si, dans le Décret, on a fixé le taux de salaire de tous les métiers, le pourcentage d'indemnités de vacances et le montant des contributions aux avantages sociaux, c'est qu'on a voulu que tous les salariés assujettis reçoivent une rémunération globale conforme aux dispositions établies.

Il n'appartient pas à l'Intimée de modifier ces proportions ou de décréter des équivalences entre les divers éléments composant la rémunération globale. L'Intimée ne peut pas payer un salaire horaire moindre sous prétexte qu'elle paie des indemnités de vacances supérieures ou parce que ses employés jouissent de tout autre avantage.

C'est ainsi, que je sache, qu'ont toujours été interprétées les lois d'extension de conventions collectives et de décrets.

Dans *Comité conjoint des métiers de la construction c. Bisson* (1937), 75 C.S. 209, le juge Lazure écrit aux pp. 210 et 211:

[TRANSLATION] Whereas when such a collective agreement has been approved in due form by the Lieutenant Governor in Council, it is binding on all employees and employers in the same trade in the territory mentioned in the agreement; in the territory affected, these provisions cover all individual employment contracts which employees may enter into with employers in the same trade or industry; the purpose of this social legislation would not be achieved if certain workers could conclude contracts with their employers the provisions of which differed from the agreement approved for this trade or industry; accordingly, as in the case at bar, employees may not agree to a lower wage than that set by the agreement covering them, even if they believe, whether rightly or wrongly, that by paying the indicated wage their employer will have to shut down its business or dismiss them;

Whereas this Act is a matter of public order and its clear purpose is to protect the mass of workers as well as employers in the same trade; if such an agreement differing from the collective agreement were allowed, the employer would be completely free to engage in unfair competition with other employers in the trade who were subject to the agreement, and its employees would also be unfairly paid by comparison with those paid at the rate specified in the agreement;

In *Comité Paritaire de l'Industrie de l'Imprimerie de Montréal et du District v. Dominion Blank Book Co.*, *supra*, Taschereau J. wrote at p. 219:

It is furthermore a law of public order, which stipulates in clear terms that the provisions of the decree respecting hours of labour and wages, in a given undertaking, are obligatory, thus rendering null and void all agreements violating or coming in conflict with its dispositions.

Taschereau J. also wrote at p. 220:

I do not think that the respondent can escape the application of this law, by invoking its alleged contract with the mise-en-cause. The *Collective Labour Agreement Act* applies to every one engaged in a similar trade and, specifically forbids to stipulate a wage below that fixed by the decree. Any stipulation to that effect is null and void.

In *Comité conjoint des métiers de la construction de Montréal v. Boyer*, [1951] Que. K.B. 662, it is stated at p. 663:

Considérant que dès qu'une telle convention collective a été régulièrement sanctionnée par le lieutenant-gouverneur en conseil, elle lie tous les salariés et patrons d'un même métier dans le territoire qui y est déterminé; ces dispositions couvrent, dans la région affectée, tous les contrats individuels de travail que peuvent passer les employés avec les patrons d'un même métier ou d'une même industrie; que le but de cette législation bienfaisante ne serait pas atteint, s'il était permis à certains ouvriers de passer avec leurs patrons un contrat dont les dispositions seraient en marge de la convention sanctionnée et relative à ce corps de métier ou à cette industrie. Ainsi, il ne sera pas permis, comme dans la présente cause, à des salariés de consentir à un salaire moindre que celui fixé par la convention qui les régit, même s'ils croient, à tort ou à raison, qu'en payant le salaire décrété leur patron sera obligé de fermer sa boutique ou de les renvoyer;

Considérant que cette loi est d'ordre public et que son but évident est de protéger la masse des ouvriers et aussi les patrons d'un même corps de métier. Or, si cette entente en marge de la convention était permise, le patron aurait toute liberté de faire une concurrence injuste aux autres employeurs du métier qui se soumettent à la convention, et de plus, ses employés seraient injustement rétribués par rapport à ceux qui sont payés au taux conventionnel;

Dans *Comité Paritaire de l'Industrie de l'Imprimerie de Montréal et du District c. Dominion Blank Book Co.*, précité, le juge Taschereau écrit à la p. 219:

[TRADUCTION] C'est en outre une loi d'ordre public, qui prévoit en termes clairs que les dispositions du décret concernant les heures de travail et les salaires, dans une entreprise donnée, sont obligatoires, ce qui rend nulles et non avenues toutes les conventions qui violent ses dispositions ou y sont incompatibles.

Le juge Taschereau écrit encore à la p. 220:

[TRADUCTION] Je ne crois pas que l'intimée puisse échapper à l'application de cette loi en invoquant son contrat avec la mise-en-cause. La *Loi sur les conventions collectives de travail* s'applique à tous ceux qui exercent un même métier et interdit précisément de convenir d'un salaire inférieur à celui fixé par le décret. Toute stipulation en ce sens est nulle et non avenue.

Dans *Comité conjoint des métiers de la construction de Montréal c. Boyer*, [1951] B.R. 662, on peut lire, à la p. 663:

[TRANSLATION] ... the rule of the Collective Agreement Decrees Act does not allow anyone to avoid the obligation of paying the minimum wage by offering non-monetary benefits;

Bissonnette J.A. wrote for the majority at p. 665:

[TRANSLATION] In my opinion the rigour of the Collective Agreement Decrees Act is such that an employer's favours, such as lending a car or authorizing leave to attend a wedding, and so on, do not allow him to avoid the duty to pay the minimum wage specified by a decree.

Finally, at p. 666 it is stated:

[TRANSLATION] His real defence is to say that his workers have always been satisfied with their pay and with the excellent treatment they have been given. Unfortunately, the Decree is not interpreted in a spirit of fairness, but with the rigour of the prices, wages and working conditions covered and specified by it.

In *S.A.F. Construction (1973) Inc. v. Office de la construction du Québec*, C.A. Quebec, Nos. 200-09-000627-791 and 200-09-000628-790, February 10, 1982, Turgeon J.A. wrote for the Court:

[TRANSLATION] I think it is clear that when the Building Commissioner decides that certain work is included in the scope of the Act, the Decree must necessarily apply to it.

. . .

The Construction Decree is a matter of public order under s. 53 of the Act and this prohibited appellant from entering into a private agreement contrary to the Decree.

I agree with McCarthy J.A., who wrote:

[TRANSLATION] I cannot accept the concept of "total pay", in view of the specific provisions of the Act and the Decree.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the judgments of the Court of Appeal and the Superior Court, and order respondent to pay appellant the sum of $67,014.99 with interest from the date of service and costs throughout.

... la règle de la Loi de la convention collective ne permet pas d'échapper à l'obligation de payer le salaire minimum par une modalité autre qu'en argent;

Le juge Bissonnette écrit, au nom de la majorité, à la p. 665:

La rigueur de la Loi de la convention collective me paraît telle que les faveurs du maître, soit en prêtant une voiture, soit en autorisant un congé pour assister à un mariage, etc., ne lui permettent pas d'échapper à l'obligation de payer le salaire minimum prévu par un décret.

On peut lire enfin à la p. 666:

Sa véritable défense, c'est de dire que ses ouvriers ont toujours été satisfaits des rémunérations et de l'excellent traitement qu'il leur accordait. Le décret ne s'interprète pas malheureusement dans un esprit d'équité, mais bien avec la rigueur des prix, salaires et conditions de travail qu'il régit et détermine.

Dans *S.A.F. Construction (1973) Inc. c. Office de la construction du Québec*, C.A. Québec, nos 200-09-000627-791, 200-09-000628-790, 10 février 1982, le juge Turgeon écrit, au nom de la Cour:

Il m'apparaît évident que lorsque le Commissaire de la Construction décide que certains travaux sont compris dans le champ d'application de la Loi, le décret doit nécessairement s'appliquer à eux.

. . .

Le Décret de la Construction est d'ordre public en vertu de l'article 53 de la Loi et cela ne permettait pas à l'appelante de conclure une entente privée contraire au Décret.

Je suis d'accord avec le juge McCarthy qui écrit:

Quant à la notion d'une «compensation globale» je ne peux la retenir, vu les dispositions précises de la Loi et du Décret.

Pour ces motifs, j'accueillerais le pourvoi, j'infirmerais l'arrêt de la Cour d'appel et le jugement de la Cour supérieure, et je condamnerais l'intimée à payer à l'appelante la somme de 67 014,99 $ avec intérêt depuis l'assignation et les dépens dans toutes les cours.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Faucher, Ménard & Associés, Montréal.

Solicitor for the respondent: Yvon Clermont, Montréal.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Faucher, Ménard & Associés, Montréal.

Procureur de l'intimée: Yvon Clermont, Montréal.

The Royal Trust Company *Appellant*

v.

Ben Potash *Respondent*

INDEXED AS: POTASH *v.* ROYAL TRUST CO.

File No.: 18820.

1986: April 24; 1986: October 9.

Present: Dickson C.J. and Chouinard, Wilson, Le Dain and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Mortgages — Prepayment — Renewal — Term of mortgage more than five years — Renewal deeming date of original mortgage to be as of date of renewal — Renewal restricting right of prepayment — Principal and interest penalty tendered during renewal term and refused — Whether or not application for discharge of mortgage should be granted — Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, s. 10(1), (2) — The Mortgage Act, R.S.M. 1970, c. M200, s. 20(6) — The Real Property Act, R.S.M. 1970, c. R30, s. 103(1)(c).

Respondent renewed two residential mortgages, with terms of slightly more than five years, using a standard form prepared by appellant. The renewals stipulated that all terms and conditions contained in the original mortgage remained in effect except as amended by the renewal agreement. The renewals gave respondent the right annually to prepay 10% of the principal amount of the renewed loan. There was no further right of prepayment prior to the Maturity Date of Mortgage Loan Renewal. The renewals stated that the "Original Mortgage" was "deemed" to be dated as of the maturity of the existing loan.

Respondent entered into a second renewal of each mortgage and made regular payments as required until June, 1983. At the end of that month he tendered the principal amount due on each mortgage as of July 1, 1983 along with interest for three months. Respondent's application for an order of discharge of the mortgages under s. 103(1) of *The Real Property Act* was originally dismissed but was allowed on appeal. The issues here were: (1) when may a mortgagor prepay a mortgage

The Royal Trust Company *Appelante*

c.

Ben Potash *Intimé*

RÉPERTORIÉ: POTASH *c.* ROYAL TRUST CO.

N° du greffe: 18820.

1986: 24 avril; 1986: 9 octobre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Chouinard, Wilson, Le Dain et La Forest.

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Hypothèques — Remboursement anticipé — Renouvellement — Hypothèque d'une durée de plus de cinq ans — Hypothèque initiale réputée, de par la convention de renouvellement, porter la date du renouvellement — Restriction au droit de remboursement anticipé apportée par la convention de renouvellement — Refus d'une offre de paiement du capital et des intérêts de pénalisation faite pendant la durée du renouvellement — Y a-t-il lieu de faire droit à la demande de mainlevée de l'hypothèque? — Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 10(1), (2) — The Mortgage Act, R.S.M. 1970, chap. M200, art. 20(6) — The Real Property Act, R.S.M. 1970, chap. R30, art. 103(1)c).

L'intimé a renouvelé, au moyen d'une formule normalisée établie par l'appelante, deux hypothèques grevant des propriétés résidentielles, dont la durée était d'un peu plus de cinq ans chacune. Selon les conventions de renouvellement, toutes les modalités de l'hypothèque initiale continuaient de s'appliquer sous réserve des modifications apportées par la convention de renouvellement. Les renouvellements accordaient à l'intimé le droit d'effectuer annuellement un remboursement anticipé de 10 pour cent du capital du prêt renouvelé. Il n'y avait aucun autre droit de remboursement anticipé avant l'échéance du renouvellement du prêt hypothécaire. Les conventions de renouvellement stipulaient que «l'hypothèque initiale» était «réputée» porter la date d'échéance du prêt existant.

L'intimé a contracté un second renouvellement de chaque hypothèque et a effectué jusqu'en juin 1983 les versements réguliers prescrits. À la fin de ce mois, il a offert à l'égard de chaque hypothèque le capital dû au 1er juillet 1983 ainsi que les intérêts pour trois mois. La demande, faite par l'intimé en vertu du par. 103(1) de *The Real Property Act*, en vue d'obtenir une ordonnance de mainlevée des hypothèques a été rejetée en première instance, mais accueillie en appel. Les ques-

pursuant to the section; (2) may a mortgagor contract out of or waive the prepayment right granted under the section; and (3) if a mortgagor may contract out of or waive the prepayment right, did the mortgagor do so here.

Held: The appeal should be allowed.

The purpose of s. 10(1) of the *Interest Act* and s. 20(6) of the Manitoba *Mortgage Act* is to ensure that mortgagors have the right to pay off their mortgages at the end of each five-year period. They cannot be "locked in" for more than five years. Where the original term of a mortgage exceeds five years, the mortgagor has the right to pay it off at the end of five years in compliance with the section. Where the original term of the mortgage is for five years or less and the term is extended by agreement beyond the five-year period (the "date of the mortgage" remaining unchanged), the mortgagor has the right to pay it off at the end of five years. Where a mortgagor elects not to exercise his right under s. 10(1) but instead enters into an otherwise valid and enforceable renewal agreement which "deems" the date of the original mortgage to be the date of maturity of the existing loan, and the term of the renewal agreement does not itself exceed five years, he cannot pay off the mortgage until the end of the five-year renewal period. When a mortgagor makes a conscious decision not to repay on the basis of full knowledge of his statutory right to repay at the end of a five-year period, he does not "contract out of" or "waive" his statutory right. He simply decides not to exercise it. If, however, he purports in a mortgage or renewal agreement to relinquish his right to pay off the mortgage at the end of any five-year period, such a provision could not be enforced against him at the instance of the mortgagee. He would still be free to pay off the mortgage in compliance with the statute.

Cases Cited

Considered: *Deeth v. Standard Trust Co.* (1980), 12 R.P.R. 157; *Lynch and Citadel Life Assurance Co., Re* (1983), 149 D.L.R. (3d) 316; *Kaltenbach v. Royal Trust Co.* (1983), 30 R.P.R. 69; *Butcher v. Royal Trust Co.* (1984), 33 R.P.R. 178; **disapproved:** *Hodgson and Raskin, Re* (1974), 47 D.L.R. (3d) 518; *Turner and Royal Trust Corp. of Canada, Re* (1985), 23 D.L.R. (4th) 746; **referred to:** *Shaw v. Royal Trust Co.* (1984), 33 R.P.R. 148; *MacDonald and Royal Trust Corp. of*

tions en litige sont les suivantes: (1) quand, selon l'article en cause, un débiteur peut-il effectuer le remboursement anticipé d'une dette hypothécaire? (2) un débiteur hypothécaire peut-il renoncer au droit de remboursement anticipé accordé par cet article? et (3) à supposer qu'il puisse le faire, le débiteur hypothécaire a-t-il renoncé au droit de remboursement anticipé en l'espèce?

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le paragraphe 10(1) de la *Loi sur l'intérêt* ainsi que le par. 20(6) de *The Mortgage Act* du Manitoba ont pour objet d'assurer aux débiteurs hypothécaires le droit de purger leurs hypothèques à l'expiration de chaque période de cinq ans. Ils ne peuvent être assujettis à une hypothèque pendant plus de cinq ans. Lorsque la durée initiale d'une hypothèque dépasse cinq ans, le débiteur a le droit de la purger au bout de cinq ans conformément à l'article en question. Lorsque la durée initiale de l'hypothèque est de cinq ans ou moins et qu'elle est prorogée par convention au-delà de cinq ans (la «date de l'hypothèque» restant inchangée), le débiteur hypothécaire a le droit de purger l'hypothèque à l'expiration de cinq ans. Lorsqu'un débiteur hypothécaire choisit non pas d'exercer le droit que lui confère le par. 10(1), mais plutôt de conclure une convention de renouvellement par ailleurs valide et exécutoire suivant laquelle l'hypothèque initiale est «réputée» porter la date d'échéance du prêt existant, et que la durée de la convention de renouvellement n'est pas elle-même supérieure à cinq ans, il ne peut purger l'hypothèque qu'à la fin de la période de cinq ans prévue par la convention de renouvellement. Lorsqu'un débiteur hypothécaire qui est parfaitement au courant du droit, que lui confère la loi, d'effectuer un remboursement à l'expiration d'une période de cinq ans décide consciemment de ne pas l'exercer, cela ne constitue pas une «renonciation» à ce droit. Il décide simplement de ne pas l'exercer. Si toutefois dans un acte d'hypothèque ou une convention de renouvellement, il prétendait renoncer à son droit de purger l'hypothèque à l'expiration d'une période de cinq ans, le créancier ne pourrait pas l'obliger à se conformer à une telle stipulation. Il resterait libre de purger l'hypothèque conformément à la loi.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Deeth v. Standard Trust Co.* (1980), 12 R.P.R. 157; *Lynch and Citadel Life Assurance Co., Re* (1983), 149 D.L.R. (3d) 316; *Kaltenbach v. Royal Trust Co.* (1983), 30 R.P.R. 69; *Butcher v. Royal Trust Co.* (1984), 33 R.P.R. 178; **arrêts critiqués:** *Hodgson and Raskin, Re* (1974), 47 D.L.R. (3d) 518; *Turner and Royal Trust Corp. of Canada, Re* (1985), 23 D.L.R. (4th) 746; **arrêts mentionnés:** *Shaw v. Royal Trust Co.* (1984), 33 R.P.R. 148; *MacDonald*

Canada, Re (1984), 8 D.L.R. (4th) 448; *United Trust Co. v. Dominion Stores Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 915.

Statutes and Regulations Cited

Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, s. 10(1), (2).
Mortgage Act, R.S.M. 1970, c. M200, s. 20(6), (7).
Real Property Act, R.S.M. 1970, c. R30, s. 103(1)(c).

Authors Cited

Canada. Parliament. House of Commons. *Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada.* Second Session, Fourth Parliament, vol. 1, March 31, 1880. Ottawa: Queen's Printer, 1880.
Falconbridge, John Delatre. *Falconbridge on Mortgages*, 4th ed. Edited by W. B. Rayner and R. H. McLaren. Toronto: Canada Law Book, 1977.
Ontario. Law Reform Commission. *Report on Section 16 of The Mortgages Act.* Toronto: Queen's Printer, 1971.
Reiter, B. J. Annotation: *Deeth v. Standard Trust Co.* (1980), 12 R.P.R. 158.
Stevens, David. Case Comment: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 122.
Swan, John. Annotation: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 130.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1984), 28 Man. R. 1, 8 D.L.R. (4th) 459, [1984] 4 W.W.R. 210, 33 R.P.R. 130, allowing an appeal from a judgment of Kroft J. (1983), 33 Man. R. 117, 4 D.L.R. (4th) 41, dismissing an originating motion for relief. Appeal allowed.

R. B. Tuer, Q.C., and *David G. Stinson*, for the appellant.

William P. Riley, Q.C., and *Reuben Z. Potash*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—This appeal involves the right conferred on mortgagors by statute to prepay their mortgages in certain circumstances. The provision has been part of the law of Canada for over a century but has only recently come before the courts for interpretation. Needless to say, there are two distinct lines of authority.

and Royal Trust Corp. of Canada, Re (1984), 8 D.L.R. (4th) 448; *United Trust Co. c. Dominion Stores Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 915.

Lois et règlements cités

Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 10(1), (2).
Mortgage Act, R.S.M. 1970, chap. M200, art. 20(6), (7).
Real Property Act, R.S.M. 1970, chap. R30, art. 103(1)c).

Doctrine citée

Canada. Parlement. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes du Canada.* Deuxième session, Quatrième Parlement, vol. 1, le 31 mars 1880. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1880.
Falconbridge, John Delatre. *Falconbridge on Mortgages*, 4th ed. Edited by W. B. Rayner and R. H. McLaren. Toronto: Canada Law Book, 1977.
Ontario. Law Reform Commission. *Report on Section 16 of The Mortgages Act.* Toronto: Queen's Printer, 1971.
Reiter, B. J. Annotation: *Deeth v. Standard Trust Co.* (1980), 12 R.P.R. 158.
Stevens, David. Case Comment: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 122.
Swan, John. Annotation: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 130.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1984), 28 Man. R. 1, 8 D.L.R. (4th) 459, [1984] 4 W.W.R. 210, 33 R.P.R. 130, qui a accueilli l'appel d'une décision du juge Kroft (1983), 33 Man. R. 117, 4 D.L.R. (4th) 41, qui avait rejeté une requête introductive d'instance visant à obtenir un redressement. Pourvoi accueilli.

R. B. Tuer, c.r., et *David G. Stinson*, pour l'appelante.

William P. Riley, c.r., et *Reuben Z. Potash*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

MADAME LE JUGE WILSON—Il s'agit d'un pourvoi portant sur le droit de remboursement anticipé que la loi confère aux débiteurs hypothécaires dans certaines circonstances. Ce type de disposition fait partie du droit canadien depuis plus d'un siècle, mais les tribunaux n'ont été appelés à l'interpréter que dernièrement. Il va sans dire qu'il existe deux courants distincts de jurisprudence dans ce domaine.

1. The Facts

The appellant ("Royal") and respondent ("Potash") are mortgagee and mortgagor respectively of two residential properties in Winnipeg known as 340 Church Avenue and 464 Spence Street. The dates relevant to those mortgages are as follows:

	340 Church Avenue	464 Spence Street
Mortgage execution date	July 9, 1975	January 19, 1976
Original maturity date	July 15, 1980	February 15, 1981
First renewal maturity date	August 15, 1981	March 15, 1982
Second renewal execution date	July 28, 1981	March 23, 1982
Second renewal maturity date	August 15, 1986	March 15, 1987

Each renewal was made on the standard form prepared by Royal for that purpose. It was called a "Conventional Mortgage Loan Renewal (Extension of Repayment) Agreement". In each case the renewal carried a higher rate of interest than did the mortgage. The renewals stipulated that "[a]ll terms and conditions contained in the Original Mortgage" remained in effect except as "amended" by the renewal agreement. The renewals gave Potash the right annually to prepay 10% of the principal amount of the renewed loan. There was "no further right of prepayment prior to the Maturity Date of Mortgage Loan Renewal". The renewals stated that the "Original Mortgage" was "deemed" to be dated as of the maturity date of the existing loan.

Having entered into a second renewal of each mortgage, Potash made regular payments as required until June 1983. At the end of that month he tendered the principal amount due on each

1. Les faits

L'intimé («Potash») a consenti à l'appelante («Royal») des hypothèques grevant deux propriétés résidentielles situées au 340, avenue Church, et au 464, rue Spence, à Winnipeg. Voici les dates pertinentes en ce qui concerne ces hypothèques:

	340, avenue Church	464, rue Spence
Date de l'hypothèque	9 juillet 1975	19 janvier 1976
Date d'échéance initiale	15 juillet 1980	15 février 1981
Date d'échéance du premier renouvellement	15 août 1981	15 mars 1982
Date du second renouvellement	28 juillet 1981	23 mars 1982
Date d'échéance du second renouvellement	15 août 1986	15 mars 1987

Chaque renouvellement s'est fait au moyen de la formule normalisée établie par Royal à cette fin. Cette formule s'appelait [TRADUCTION] «Convention type de renouvellement de prêt hypothécaire (prorogation d'échéance)». La convention de renouvellement comportait dans chaque cas un taux d'intérêt supérieur à celui fixé par l'acte d'hypothèque. Selon les conventions de renouvellement, [TRADUCTION] «[t]outes les modalités de l'hypothèque initiale» continuaient de s'appliquer sous réserve des [TRADUCTION] «modifications» apportées par la convention de renouvellement. Les renouvellements accordaient à Potash le droit d'effectuer annuellement un remboursement anticipé de 10 pour cent du capital du prêt renouvelé. Il n'y avait [TRADUCTION] «aucun autre droit de remboursement anticipé avant la date d'échéance du renouvellement du prêt hypotécaire». Les conventions de renouvellement stipulaient que l'[TRADUCTION] «hypothèque initiale» était «réputée» porter la date d'échéance du prêt existant.

Ayant contracté un second renouvellement de chaque hypothèque, Potash a effectué jusqu'en juin 1983 les versements réguliers prescrits. À la fin de ce mois, il a offert à l'égard de chaque

mortgage as at July 1, 1983 along with interest for three months. Royal refused to accept Potash's payment. Potash applied for an order of discharge of the mortgages under s. 103(1) of *The Real Property Act*, R.S.M. 1970, c. R30.

2. The Legislation

There is both federal and provincial legislation relevant to this appeal. The provincial enactment closely follows the federal which was the first to be passed. Other Canadian jurisdictions have modelled their provisions on the federal legislation and, beyond quoting the Manitoba section, I shall thereafter refer only to the provision in the federal Act.

Section 10(1) of the *Interest Act*, R.S.C. 1970, c. I-18, reads:

10. (1) Whenever any principal money or interest secured by mortgage of real estate is not, under the terms of the mortgage, payable until a time more than five years after the date of the mortgage, then, if at any time after the expiration of such five years, any person liable to pay or entitled to redeem the mortgage tenders or pays, to the person entitled to receive the money, the amount due for principal money and interest to the time of payment, as calculated under sections 6 to 9, together with three months further interest in lieu of notice, no further interest shall be chargeable, payable or recoverable at any time thereafter on the principal money or interest due under the mortgage.

Subsection (2) of s. 10 excludes corporate mortgagors from the protection conferred by subs. (1).

Section 20(6) of *The Mortgage Act*, R.S.M. 1970, c. M200 provides:

20(6) Subject to subsection (7), where any principal money or interest secured by a mortgage of real estate is not, under the terms of the mortgage, payable till a time more than five years after the date of the mortgage, if, at any time after the expiration of the five years, any person liable to pay or entitled to redeem tenders or pays to the person entitled to receive the money the amount due for principal money and interest to the time of the tender or payment, together with three months' further interest in lieu of notice, no further interest shall be chargeable, payable, or recoverable, at any time thereaf-

hypothèque le capital dû au 1er juillet 1983 ainsi que les intérêts pour trois mois. Royal a refusé d'accepter ce paiement de Potash. Ce dernier a alors demandé, en vertu du par. 103(1) de *The Real Property Act*, R.S.M. 1970, chap. R30, une ordonnance de mainlevée des hypothèques.

2. Les textes législatifs

Il existe à la fois une loi fédérale et une loi provinciale qui sont pertinentes aux fins de ce pourvoi. La loi provinciale ressemble beaucoup à la loi fédérale qui a été adoptée la première. D'autres ressorts canadiens ont modelé leurs dispositions sur la loi fédérale, de sorte que, après avoir reproduit l'article manitobain, je me référerai exclusivement à la disposition figurant dans la loi fédérale.

Le paragraphe 10(1) de la *Loi sur l'intérêt*, S.R.C. 1970, chap. I-18 se lit ainsi:

10. (1) Lorsqu'une somme principale ou un intérêt garanti par hypothèque sur biens-fonds n'est pas payable, d'après les termes de l'acte d'hypothèque, avant qu'il se soit écoulé plus de cinq ans à compter de la date de l'hypothèque, alors, si, à quelque époque après l'expiration de ces cinq ans, la personne tenue de payer ou ayant droit de purger l'hypothèque, offre ou paie à la personne qui a droit de recevoir l'argent, la somme due à titre de principal et l'intérêt jusqu'à la date du paiement calculé conformément aux articles 6 à 9, en y ajoutant trois mois d'intérêt pour tenir lieu d'avis, nul autre intérêt n'est exigible, payable ou recouvrable à une époque ultérieure sur le principal ni sur l'intérêt dû en vertu de l'acte d'hypothèque.

Le paragraphe 10(2) prévoit que les sociétés débitrices hypothécaires ne bénéficient pas de la protection accordée par le par. (1).

Le paragraphe 20(6) de *The Mortgage Act*, R.S.M. 1970, chap. M200, dispose:

[TRADUCTION] **20(6)** Sous réserve du paragraphe (7), lorsqu'une somme principale ou un intérêt garanti par hypothèque sur biens-fonds n'est pas payable, d'après les termes de l'acte d'hypothèque, avant qu'il se soit écoulé plus de cinq ans à compter de la date de l'hypothèque, alors, si, à quelque époque après l'expiration des cinq ans, la personne tenue de payer ou ayant droit de purger l'hypothèque, offre ou paie à la personne qui a droit de recevoir l'argent, la somme due à titre de principal et l'intérêt jusqu'à la date de l'offre ou du paiement, en y ajoutant trois mois d'intérêt pour tenir lieu d'avis, nul

ter on the principal money or interest due under the mortgage.

As with the federal statute, subs. (7) of the Manitoba Act excludes corporate mortgagors of real property from the protection of subs. (6).

The other relevant provision is s. 103(1) of *The Real Property Act* under which Potash applied to the court for an order discharging the mortgages. It reads:

> **103(1)** Where a mortgagor is entitled to redeem the mortgage by payment of the moneys due thereunder
>
> . . .
>
> (c) if the mortgagee, having been paid or tendered the amount claimed by the mortgagor to be due under the mortgage, neglects to furnish a discharge of mortgage or refuses to do so on the ground that an amount greater than that paid or tendered by the mortgagor is owing, or on any other ground;
>
> the mortgagor may apply to the court for an order discharging the mortgage or determining the balance owing; and the costs of the application, including the taking of accounts, are in the discretion of the court.

3. The Courts Below

Potash's application was heard by Kroft J. of the Manitoba Court of Queen's Bench. Potash contended that the section permitted him to prepay both mortgages since more than five years would elapse from the "date of the mortgage" until the time each was payable. The application was dismissed by Kroft J. on the ground that whatever rights of prepayment Potash may have had, he had clearly contracted out of them in the renewal agreements. Kroft J. held that it was not against public policy for Potash and Royal to contract out of the statutory prepayment right and Potash could therefore exercise only those prepayment rights contained in the renewal agreements.

autre intérêt n'est exigible, payable ou recouvrable à une époque ultérieure sur le principal ni sur l'intérêt dû en vertu de l'acte d'hypothèque.

À l'instar de la loi fédérale, le par. (7) de la loi manitobaine prévoit que les sociétés qui consentent des hypothèques sur des biens-fonds ne jouissent pas de la protection du par. (6).

L'autre disposition pertinente est le par. 103(1) de *The Real Property Act* en vertu duquel Potash a demandé au tribunal une ordonnance de mainlevée des hypothèques. Le par. 103(1) est ainsi conçu:

> [TRADUCTION] **103(1)** Lorsqu'un débiteur hypothécaire est en droit de purger l'hypothèque par le paiement des sommes dues en vertu de celle-ci
>
> . . .
>
> c) si le créancier hypothécaire, à la suite du paiement ou de l'offre de paiement des sommes qui, selon le débiteur hypothécaire, sont dues en vertu de l'hypothèque, n'accorde pas de mainlevée d'hypothèque ou refuse de l'accorder pour le motif que la somme due est supérieure à celle payée ou offerte par le débiteur hypothécaire, ou pour tout autre motif;
>
> le débiteur hypothécaire peut demander au tribunal soit de rendre une ordonnance de mainlevée d'hypothèque, soit de déterminer le solde dû; l'attribution des dépens de la demande, y compris les frais comptables, relève du pouvoir discrétionnaire du tribunal.

3. Les tribunaux d'instance inférieure

La demande de Potash a été entendue par le juge Kroft de la Cour du Banc de la Reine du Manitoba. Suivant l'argument de Potash, la disposition en question l'autorisait à rembourser par anticipation les deux hypothèques puisque plus de cinq ans s'écouleraient entre la [TRADUCTION] «date de l'hypothèque» et leurs dates d'échéance respectives. Le juge Kroft a rejeté la demande pour le motif que, quels que soient les droits de remboursement anticipé que Potash a pu posséder, il y avait manifestement renoncé dans les conventions de renouvellement. Le juge Kroft a conclu qu'il n'était pas contraire à l'intérêt public que Potash et Royal renoncent au droit de remboursement anticipé prévu par la loi et que, par conséquent, Potash ne pouvait exercer que les droits de remboursement anticipé stipulés dans les conventions de renouvellement.

An appeal by Potash to the Court of Appeal for Manitoba was successful. Writing for himself, Hall and O'Sullivan JJ.A., Matas J.A. noted that the terms of each mortgage had originally been for just over five years. He also noted that when the extended maturity dates were considered, each mortgage was payable just over eleven years from the "date of the mortgage". Potash was therefore entitled to prepay each mortgage. Matas J.A. concluded that on the plain meaning of the section the "date of the mortgage" could only be the date of the mortgages originally given by Potash to Royal. These were the only mortgages in existence. As Matas J.A. put it:

> In my view, the agreements should not be taken to be new mortgages. It was not suggested by Royal that it has given up its prior security under the original mortgages. . . . The agreements by their own terms continue the original mortgages in full force and effect except as amended by the renewal agreements . . . .The purported change in date by the "deeming clause" and the change in the repayment privileges do not undo the existence of the original mortgages.

Matas J.A. disagreed with Kroft J.'s conclusion that the parties could contract out of the statutory prepayment provision. He examined the case law in some detail and concluded that it was not possible to contract out of the prepayment right which was designed to protect the public. Everyone might at some time wish to borrow money by way of mortgage of real property and would then need the protection of the section. To permit contracting out would soon result in the section's becoming "a dead letter". Matas J.A. concluded that "the agreements, notwithstanding the 'deemed date' clause and the limitation on prepayment, contravene the legislation and cannot stand".

L'appel interjeté par Potash devant la Cour d'appel du Manitoba a été accueilli. Dans les motifs qu'il a rédigés en son propre nom et en celui des juges Hall et O'Sullivan, le juge Matas a souligné que la durée initiale de chaque hypothèque avait été d'un peu plus de cinq ans. Il a fait remarquer en outre que, si l'on considérait les dates de prorogation des échéances, chacune des hypothèques serait payable dans un peu plus de onze ans à compter de la «date de l'hypothèque». Potash avait donc le droit de rembourser par anticipation chaque hypothèque. Le juge Matas a conclu que, selon le sens manifeste de l'article en cause, la «date de l'hypothèque» ne pouvait être que la date à laquelle Potash a initialement consenti les hypothèques à Royal. C'étaient là les seules hypothèques qui existaient. Comme l'a dit le juge Matas:

> [TRADUCTION] À mon avis, les conventions ne doivent pas être considérées comme de nouvelles hypothèques. Royal n'a pas laissé entendre qu'elle a renoncé à la sûreté antérieure qu'elle avait en vertu des hypothèques initiales . . . Suivant les termes mêmes des conventions de renouvellement, les hypothèques initiales continuent de s'appliquer intégralement sous réserve des modifications apportées par lesdites conventions . . . Ni le changement de date apparemment effectué par la «clause déterminative» ni la modification des privilèges de remboursement ne suppriment les hypothèques initiales.

Le juge Matas s'est dit en désaccord avec la conclusion du juge Kroft selon laquelle les parties pouvaient renoncer à l'application de la disposition législative relative au remboursement anticipé. À la suite d'un examen assez approfondi de la jurisprudence, le juge Matas a conclu qu'il n'était pas possible de renoncer au droit de remboursement anticipé, conçu pour protéger le public. Tout le monde pourrait à un moment donné vouloir emprunter de l'argent en consentant une hypothèque sur un bien-fonds et, à ce moment-là, aurait besoin de la protection offerte par la disposition en question. S'il était permis d'y renoncer cette disposition deviendrait vite [TRADUCTION] «lettre morte». Pour terminer, le juge Matas a affirmé que [TRADUCTION] «les conventions, nonobstant la clause relative à la «date réputée» de l'hypothèque et la restriction au droit de remboursement anticipé, contreviennent à la loi et ne peuvent être maintenues».

4. The Issues

(a) When may a mortgagor prepay a mortgage pursuant to the section?

(b) May a mortgagor contract out of or waive the prepayment right granted by the section?

(c) If a mortgagor may contract out of or waive the prepayment right, did the mortgagor do so in this case?

5. When Does the Right to Prepay Arise?

The statutory right to prepay certain mortgages was enacted first by Parliament over a century ago. Yet it is only recently that the courts have been faced with the issue which is at the heart of this appeal. This is doubtless due to the fact that in the past decade or so interest rates have been relatively unstable. As a consequence, short term mortgages have been popular with lenders and borrowers. Many mortgages have been given for terms of five years or less and the parties have subsequently agreed to extend the maturity date. In this appeal the Court is asked to interpret and apply in a contemporary setting a section enacted in response to conditions prevailing a century ago when farmers were locked into long term mortgages at exorbitant interest rates by moneylenders who were "eating up the vitals of the yeomanry of the country": *House of Commons Debates*, March 31, 1880, p. 954.

As a preliminary matter it should be noted that there are many permutations of mortgage dealings which may be affected by the section. There are cases in which the original term of the mortgage will be exactly five years and the maturity date is extended for a further term. In other cases the original term of the mortgage will be for less than five years but the parties agree to extend it by a period of five years or more so that it will ultimately mature more than five years from its original date. In still other cases the original term will

4. Les questions en litige

a) Quand, selon l'article en cause, un débiteur peut-il effectuer le remboursement anticipé d'une dette hypothécaire?

b) Un débiteur hypothécaire peut-il renoncer au droit de remboursement anticipé accordé par cet article?

c) À supposer qu'il puisse le faire, le débiteur hypothécaire a-t-il renoncé au droit de remboursement anticipé en l'espèce?

5. Quand y a-t-il droit de remboursement anticipé?

Voilà plus d'un siècle que le Parlement a édicté pour la première fois le droit de rembourser par anticipation certaines hypothèques. Ce n'est toutefois que récemment que les tribunaux ont dû faire face à la question qui est au cœur de ce pourvoi. Cela tient sans doute à l'instabilité relative des taux d'intérêt depuis une dizaine d'années, phénomène qui est à l'origine de la vogue des hypothèques à court terme chez les prêteurs et emprunteurs. Un bon nombre d'hypothèques d'une durée de cinq ans ou moins ont été consenties et les parties ont par la suite convenu d'en proroger la date d'échéance. En l'espèce, on demande à la Cour d'interpréter et d'appliquer dans un contexte contemporain un article adopté pour répondre à des circonstances qui régnaient il y a un siècle lorsque les fermiers se trouvaient assujettis à des hypothèques à long terme assorties de taux d'intérêt exorbitants, par des bailleurs de fonds qui [TRADUCTION] «attaqu[aient] la vie du cultivateur dans sa source même»: *Débats de la Chambre des communes*, le 31 mars 1880, à la p. 962.

Une observation préliminaire s'impose, savoir que l'article en question peut viser de nombreuses permutations d'opérations hypothécaires. Il y a des cas où la durée initiale de l'hypothèque est d'exactement cinq ans et où il y a prorogation de la date d'échéance. Dans d'autres cas, la durée initiale de l'hypothèque est de moins de cinq ans, mais les parties acceptent de la proroger de cinq ans ou plus, de sorte que l'hypothèque arrivera à échéance en fin de compte plus de cinq ans après sa date initiale. Il y a d'autres cas encore où la durée

be for less than five years and so will the agreed upon extension but together they will make the mortgage payable more than five years from its original date. In approaching this particular case these permutations must be borne in mind.

Counsel for Royal argued that a broad and liberal interpretation should be given to s. 10. He submitted that the purpose of the section was to ensure that mortgagors are not "locked in" for more than five years without an opportunity to re-negotiate terms. To achieve this purpose in a case where mortgages have been renewed the phrase "date of the mortgage" should be read as "date of the renewal agreement" and the phrase "the terms of the mortgage" should be read as "the terms of the mortgage as amended by the renewal agreement". In effect, counsel submitted that for the purposes of s. 10 the renewal agreements should be viewed as new mortgages. Counsel argued that a broad and liberal interpretation of the section is most in keeping with the reasonable expectations of the parties and with current commercial realities. He submitted that any other interpretation would lead to inconvenience and added expense for mortgagors. They would have to enter into new mortgages every five years. It would also result in hardship for mortgagees who would suffer from lack of the certainty necessary to their financial planning.

Counsel for Royal did not suggest that it had lost its priority under the mortgages by reason of the renewals. They were not new mortgages in that sense. Indeed, they expressly recognized the continuing validity of the original mortgages and purported only to amend certain specified terms. The original mortgages contained the only grants of land as security for the loans so that Royal's priority *vis-à-vis* third parties was not at issue. There was therefore no inconsistency in Royal's position that the renewals might be viewed as new mortgages for purposes of s. 10 as between borrower and lender while affecting not at all the

initiale, ainsi que la prorogation dont on a pu convenir, sera de moins de cinq ans, mais où, ensemble, elles auront pour effet de rendre la dette hypothécaire exigible plus de cinq ans après la date initiale de l'hypothèque. Ces permutations doivent être gardées à l'esprit en l'espèce.

L'avocat de Royal a fait valoir qu'il convient de donner à l'art. 10 une interprétation large et libérale. Selon lui, cet article vise à garantir que les débiteurs hypothécaires ne soient pas «assujettis» à une hypothèque pendant plus de cinq ans sans aucune possibilité d'en renégocier les conditions. Pour atteindre ce but dans un cas de renouvellement d'hypothèque, l'expression «date de l'hypothèque» doit avoir le sens de «date de la convention de renouvellement» et l'expression «les termes de l'acte d'hypothèque» doit signifier «les termes de l'acte d'hypothèque tels que modifiés par la convention de renouvellement». En fait, l'avocat a soutenu qu'aux fins de l'art. 10 les conventions de renouvellement doivent être considérées comme de nouvelles hypothèques. L'avocat a fait valoir que c'est une interprétation large et libérale de l'article qui est le plus conforme aux attentes raisonnables des parties et aux réalités commerciales actuelles. L'avocat a allégué que toute autre interprétation occasionnerait aux débiteurs hypothécaires des inconvénients ainsi que des dépenses supplémentaires. Ils se verraient obligés de consentir de nouvelles hypothèques tous les cinq ans. De plus, cela aurait pour effet de causer des difficultés aux créanciers hypothécaires qui souffriraient de l'absence de la certitude nécessaire à leur planification financière.

L'avocat de Royal n'a pas prétendu que les renouvellements faisaient perdre à celle-ci le rang que lui conféraient les hypothèques. Il ne s'agissait pas de nouvelles hypothèques dans ce sens. Au contraire, les conventions de renouvellement reconnaissaient expressément la validité constante des hypothèques initiales et avaient uniquement pour effet d'en modifier certaines conditions précises. Les actes d'hypothèque initiaux contenaient les seules cessions de biens-fonds en garantie des prêts, de sorte que le rang de Royal par rapport aux tiers n'était nullement en cause. Il n'y avait donc rien de contradictoire dans la position de

priority of the mortgage *vis-à-vis* third parties arising from the original grant of the land as security. This was merely a reflection of the dual aspect of a mortgage.

Counsel for Potash contended that Royal was asking the Court to read words into the section, something that could not be done when the section's meaning is clear on its face. Counsel argued that the Court cannot interpret legislation so as to adapt it to changing commercial conditions. The intention of the legislature at the time the section was enacted is the only relevant one. The meaning of the section is perfectly clear. Any changes to the legislation should be made by the legislatures and not by the courts. Counsel also argued that Royal could not have it both ways. It could not maintain that the renewals were new mortgages for purposes of s. 10 but remained the original mortgages for purposes of priority of the security.

Each of the mortgages given by Potash to Royal was renewed twice. The renewal agreements in each case purported to amend the original mortgages, leaving most of their "terms and conditions" unchanged and affirming their ongoing validity. The second renewals extended the maturity date of each mortgage loan by exactly five years from the maturity date on the first renewals. One crucial amendment concerned the "date of the mortgage" which was "deemed" to be the maturity date of the existing loan.

In determining the applicability of the section to any particular mortgage, one must ascertain both the "date of the mortgage" and the duration of the mortgage "under the terms of the mortgage". There is no problem when the mortgage remains in its pristine form unamended. The problems arise when the parties have purported to change the

Royal, selon laquelle les renouvellements pourraient être considérés en ce qui concerne le prêteur et l'emprunteur comme de nouvelles hypothèques aux fins de l'art. 10, tout en ne modifiant absolument pas le rang par rapport aux tiers conféré par l'hypothèque par suite de la cession initiale des biens-fonds à titre de garantie. Ce n'était là qu'une manifestation de la dualité d'une hypothèque.

L'avocat de Potash a soutenu que Royal demandait à la Cour de faire dire à l'article ce qu'il ne disait pas, ce qui ne peut être fait étant donné que son sens ne présente aucune équivoque. L'avocat a fait valoir qu'il n'est pas loisible à la Cour d'interpréter une mesure législative de manière à l'adapter à des conditions commerciales changeantes. Seule compte l'intention du législateur au moment de l'adoption de l'article. Le sens de ce dernier est parfaitement clair. Toute modification de la mesure législative doit être apportée par le législateur et non par les tribunaux. De plus, l'avocat a soutenu que Royal ne pouvait pas gagner sur les deux plans. Elle ne pouvait pas soutenir que les renouvellements constituaient de nouvelles hypothèques aux fins de l'art. 10, tout en continuant d'être les hypothèques initiales pour ce qui est du rang de l'hypothèque.

Chacune des hypothèques consenties par Potash à Royal a été renouvelée à deux reprises. Dans chaque cas, les conventions de renouvellement avaient pour effet de modifier les hypothèques initiales, dont les [TRADUCTION] «modalités» pour la plupart restaient inchangées et dont la validité était confirmée. Le second renouvellement prorogeait la date d'échéance de chaque prêt hypothécaire pour une durée d'exactement cinq ans à partir de la date d'échéance fixée par les premières conventions de renouvellement. Une modification importante concernait la «date de l'hypothèque» qui était «réputée» être la date d'échéance du prêt existant.

En déterminant l'applicabilité de l'article en cause à une hypothèque donnée, on doit vérifier à la fois la «date de l'hypothèque» et la durée de l'hypothèque «d'après les termes de l'acte d'hypothèque». Aucun problème ne se pose lorsque l'hypothèque reste dans son état initial sans avoir subi de modification. Là où les problèmes surgissent

date of the mortgage or the terms of the mortgage or both in a subsequent renewal agreement. This is what happened in this case.

What is meant by the phrases "date of the mortgage" and "terms of the mortgage" in a case where the parties have entered into a renewal agreement? The Ontario Law Reform Commission in its *Report on Section 16 of The Mortgages Act* (1971), had this to say at p. 14:

> Some lenders are of the opinion that the renewal represents a new agreement and that the five-year period must therefore be re-calculated from the date of renewal. Others assert that there is no right to prepay if on the face of the mortgage document the term of the mortgage is not for more than five years. These views, however, ignore the facts that by the terms of the legislation the five-year period runs from the date of the mortgage, in other words from the date that the conveyance to the mortgagee of the original mortgagor's interest was made, that renewal in this context merely alters the date for termination, and that if renewal truly effected a new mortgage contract there would be doubt as to whether priority for the principal debt over second and later encumbrances could be preserved. In this last instance no renewal could safely be made without getting subsequent encumbrancers to agree to the postponement of their interests.
>
> There are no reported cases on these points but from a careful reading of subsection 1 it appears that renewal or extension does not interfere with the running of the time whereby the right to prepay is determined and that it makes no difference how the renewal or extension is effected. Any other decision could lead to a constantly renewed mortgage contract which would negate the policy of subsection 1, that all private (as opposed to commercial) mortgages should be open after their first five years.

(Emphasis added.)

c'est quand les parties ont apparemment modifié la date de l'hypothèque ou les termes de l'acte d'hypothèque ou les deux à la fois, dans une convention de renouvellement subséquente. C'est ce qui est arrivé en l'espèce.

Que signifient les expressions «date de l'hypothèque» et «termes de l'acte d'hypothèque» dans un cas où les parties ont conclu une convention de renouvellement? La Commission de réforme du droit de l'Ontario dans son document intitulé *Report on Section 16 of The Mortgages Act* (1971), dit ceci à la p. 14:

> [TRADUCTION] Certains prêteurs estiment que le renouvellement représente une convention nouvelle et que la période de cinq ans est donc à recalculer à partir de la date du renouvellement. D'autres affirment qu'il n'y a aucun droit de remboursement anticipé s'il ressort de la lecture de l'acte d'hypothèque que la durée de l'hypothèque ne dépasse pas cinq ans. Ces opinions font toutefois abstraction de ce que, suivant la loi, la période de cinq ans court à partir de la date de l'hypothèque, en d'autres termes à compter de la date à laquelle le droit du débiteur hypothécaire a été initialement cédé au créancier hypothécaire, de ce que le renouvellement dans ce contexte ne fait que modifier la date d'échéance, et de ce que, si le renouvellement constituait effectivement un nouveau contrat d'hypothèque, il y aurait des doutes quant à savoir si la priorité de la dette principale sur des charges de second rang et sur des charges ultérieures pourrait être maintenue. Dans ce dernier cas, aucun renouvellement ne pourrait être effectué en toute sécurité sans qu'on obtienne des autres créanciers privilégiés qu'ils consentent à céder leur rang.
>
> Il n'y a dans les recueils de jurisprudence aucune cause qui traite de ces points, mais il paraît se dégager d'une lecture attentive du paragraphe 1 qu'un renouvellement ou une prorogation ne change rien au délai à l'intérieur duquel on peut exercer le droit de remboursement anticipé et qu'à ce propos la manière dont se fait le renouvellement ou la prorogation est sans importance. Toute autre décision risquerait d'aboutir au renouvellement constant des contrats d'hypothèque, ce qui contrecarrerait la politique énoncée au paragraphe 1, savoir que toutes les hypothèques privées (par opposition à commerciales) devraient pouvoir être remboursées par anticipation après leurs cinq premières années d'existence.

(C'est moi qui souligne.)

This view has been subjected to criticism by a number of commentators on the ground that the Commission's interpretation, although consistent with the words of the section, is not compelled by them: see B. J. Reiter, Annotation: *Deeth v. Standard Trust Co.* (1980), 12 R.P.R. 158; D. Stevens, Case Comment: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 122; J. Swan, Annotation: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 130 (C.A.) It is pointed out that such an interpretation can create hardship for both mortgagors and mortgagees. Completely new mortgages would have to be entered into at the end of each five-year period. As a consequence mortgagees will lose their priority *vis-à-vis* subsequent encumbrancers unless they can obtain postponement agreements. If this costs them something, or if they are unable to obtain such agreements, their costs will be passed on to the mortgagor. It will be more difficult and more expensive for mortgagors to refinance their mortgages with the same mortgagee. Mortgagors will also be put to added expense in the form of solicitor's fees, registration fees and perhaps insurance costs. These not inconsiderable costs will run every five years over the time usually required to satisfy the purchase price of a home, eventually adding up to a substantial sum.

Plusieurs glossateurs ont critiqué ce point de vue pour le motif que l'interprétation de la Commission, quoique en harmonie avec le texte de l'article, n'est pas du tout inéluctable: voir B. J. Reiter, Annotation: *Deeth v. Standard Trust Co.* (1980), 12 R.P.R. 158; D. Stevens, Case Comment: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 122; J. Swan, Annotation: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 130 (C.A.) On souligne que cette interprétation pourrait être une source de difficultés tant pour les débiteurs que pour les créanciers hypothécaires. Il faudrait conclure des hypothèques complètement nouvelles à la fin de chaque période de cinq ans. Par conséquent, les créanciers hypothécaires perdraient leur priorité sur les créanciers privilégiés qui prennent rang après eux, à moins que ces derniers ne consentent à céder leur rang. Si cela nécessitait des dépenses ou s'il y avait impossibilité d'obtenir ces consentements, les frais devraient alors être assumés par le débiteur hypothécaire. Il serait plus difficile et plus coûteux pour les débiteurs hypothécaires de refinancer leurs hypothèques avec le même créancier. Les débiteurs hypothécaires devraient en outre engager des dépenses supplémentaires pour les honoraires d'avocat, les droits d'enregistrement et peut-être les frais d'assurance. Ces dépenses non négligeables seraient à refaire tous les cinq ans pendant le temps normalement requis pour payer le prix d'achat d'une maison, ce qui, à la longue, constituerait une somme considérable.

An alternative interpretation is suggested, namely that the purpose of s. 10(1) is not to ensure that a mortgage remain open after the first five years but to ensure that a mortgagor can, if he wishes, redeem his mortgage at least once in every five-year period. On this approach a mortgagee could not enforce against a mortgagor a term in excess of five years. Nevertheless, a mortgagor having the statutory right to redeem available to him at the end of the five-year period may decide not to exercise it but instead to renew for another term. This interpretation accommodates the notion that the mortgagor cannot be "locked in" to a mortgage for more than five years as contemplated by the section but upholds his freedom to choose to either pay or renew for a further term of not more

Une autre interprétation a été proposée, savoir que le par. 10(1) vise non pas à garantir qu'un prêt hypothécaire demeure remboursable par anticipation à l'expiration des cinq premières années, mais à assurer au débiteur hypothécaire la possibilité, s'il le souhaite, de purger son hypothèque au moins une fois par cinq ans. Suivant ce point de vue, un créancier hypothécaire ne saurait imposer à un débiteur hypothécaire une durée de plus de cinq ans. Néanmoins, un débiteur hypothécaire qui, en vertu de la loi, jouit du droit de purger l'hypothèque à l'expiration de la période de cinq ans, peut décider ne pas exercer ce droit et de renouveler l'hypothèque pour une période supplémentaire. Cette interprétation, tout en reconnaissant la notion selon laquelle le débiteur hypothécaire ne

than five years. Both interpretations of the section find support in the authorities.

6. The Authorities

In *Re Hodgson and Raskin* (1974), 47 D.L.R. (3d) 518 (Ont. H.C.), Goodman J. (as he then was) held that s. 10 does not apply if the original term of the mortgage is not for more than five years. The section, he concludes, is not triggered by an extension agreement which postpones the maturity date beyond the five-year period. The section, in his view, addresses only the original mortgage and, if it does not offend the section, the application of the section is spent and the parties are free to extend the term by any period they choose. The section on its plain meaning does not apply to renewal agreements.

Goodman J.'s judgment has been subjected to severe criticism on the basis that it could have the effect of totally defeating the purpose of the legislation as that purpose is perceived by the Ontario Law Reform Commission, namely that mortgages are to be open after the first five years: see *Falconbridge on Mortgages* (4th ed. 1977) at pp. 45-46. Goodman J.'s interpretation would also, by failing to address mortgage renewals at all, defeat the purpose of the section as perceived by commentators such as Stevens. I think the criticism is valid. I do not believe the legislature could have intended the very restrictive interpretation put upon the section by Goodman J.

In *Deeth v. Standard Trust Co.* (1980), 12 R.P.R. 157, the term of the mortgage was just over five years. The parties entered into a renewal agreement extending the maturity date. The Ontario Divisional Court endorsed one aspect of Goodman J.'s reasons in *Hodgson and Raskin*.

peut, d'après l'article en cause, être «assujetti» à une hypothèque pendant plus de cinq ans, respecte sa liberté de choisir soit de payer soit de renouveler pour une période supplémentaire ne dépassant pas cinq ans. Ces interprétations de l'article sont toutes les deux appuyées par la jurisprudence et la doctrine.

6. La jurisprudence et la doctrine

Dans la décision *Re Hodgson and Raskin* (1974), 47 D.L.R. (3d) 518 (H.C. Ont.), le juge Goodman (tel était alors son titre) a conclu que l'art. 10 ne s'applique pas si la durée initiale de l'hypothèque n'est pas supérieure à cinq ans. Il a conclu qu'une convention de prorogation qui reporte la date d'échéance au-delà de l'expiration de la période de cinq ans n'entraîne pas l'application de l'article. L'article, à son avis, ne vise que l'hypothèque initiale et, si cette dernière n'y contrevient pas, il est inapplicable et les parties sont alors libres de proroger la durée de l'hypothèque pour aussi longtemps qu'elles le souhaitent. D'après son sens manifeste, l'article ne s'applique pas à des conventions de renouvellement.

La décision du juge Goodman a fait l'objet de critiques sévères parce qu'elle pouvait avoir pour effet de contrecarrer complètement l'objet de la disposition en question, qui, d'après la Commission de réforme du droit de l'Ontario, est de faire en sorte que les prêts hypothécaires soient remboursables par anticipation à l'expiration des cinq premières années: voir *Falconbridge on Mortgages* (4th ed. 1977), aux pp. 45 et 46. De plus, en ne tenant pas du tout compte des renouvellements d'hypothèque, l'interprétation du juge Goodman irait à l'encontre de l'objet que prêtent à l'article des glossateurs comme Stevens. Je crois que ces critiques sont bien fondées. À mon avis, le législateur n'a pas pu vouloir que l'article reçoive l'interprétation fort restrictive que lui donne le juge Goodman.

Dans l'affaire *Deeth v. Standard Trust Co.* (1980), 12 R.P.R. 157, la durée de l'hypothèque était d'un peu plus de cinq ans. Les parties ont passé une convention de renouvellement qui prorogeait la date d'échéance. La Cour divisionnaire de l'Ontario a approuvé, sous un aspect, les motifs de

Van Camp J. agreed that the "date of the mortgage" within the meaning of the section was the date of execution of the original mortgage because, as she put it, it was "the only mortgage which is in existence" (at p. 165). I take no issue with the conclusion of Van Camp J. No attempt was made in *Deeth* (as in the present case) to create a new mortgage date from which a new five-year period would start to run. The parties simply extended the original term.

In *Re Lynch and Citadel Life Assurance Co.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 316 (B.C.S.C.), the term of the original mortgage was again just over five years. The parties entered into a renewal agreement for exactly five years and the renewal agreement provided that the original mortgage was to continue in full force and effect except as modified by the renewal. Bouck J. followed the decision of the Ontario Divisional Court in *Deeth* and held that for purposes of s. 10 the "date of the mortgage" was the execution date of the original mortgage. There was again no attempt in the renewal agreement to "deem" a new "date of the mortgage" and Bouck J., in stating that a subsequent renewal does not automatically change the "date of the mortgage" for purposes of the section, left open the question whether the result might not be different if the renewal agreement expressly provided for a new date.

Bouck J. did not have long to wait for a renewal agreement which did expressly "deem" a new date for the mortgage. The facts in *Kaltenbach v. Royal Trust Co.* (1983), 30 R.P.R. 69 (B.C.S.C.), are very similar to the present case. The parties renewed a mortgage that had originally been for just over five years. It was renewed for exactly five years from the "deemed" date of the mortgage which the parties had agreed upon. Bouck J. concluded that, because the parties had agreed to a

jugement du juge Goodman dans l'affaire *Hodgson and Raskin*. Le juge Van Camp a été d'accord pour affirmer que la «date de l'hypothèque» au sens de l'article en cause était la date de signature de l'acte d'hypothèque initiale parce que, selon elle, c'est [TRADUCTION] «la seule hypothèque qui existe» (à la p. 165). Je ne conteste pas la conclusion du juge Van Camp. Il n'y a eu, dans l'affaire *Deeth* (non plus que dans la présente affaire), aucune tentative de fixer une nouvelle date d'hypothèque à partir de laquelle commencerait à courir une nouvelle période de cinq ans. Les parties ont simplement prorogé la période initiale.

Dans l'affaire *Re Lynch and Citadel Life Assurance Co.* (1983), 149 D.L.R. (3d) 316 (C.S.C.-B.), il s'agissait une fois de plus d'un cas où la durée de l'hypothèque initiale était d'un peu plus de cinq ans. Les parties ont conclu une convention de renouvellement pour une période d'exactement cinq ans et cette convention prévoyait que, sous réserve des modifications apportées par la convention de renouvellement, l'hypothèque initiale continuait de s'appliquer intégralement. Le juge Bouck, qui a suivi la décision *Deeth* de la Cour divisionnaire de l'Ontario, a conclu que, pour les fins de l'art. 10, la «date de l'hypothèque» était la date de signature de l'hypothèque initiale. Là encore il n'y a pas eu de tentative dans la convention de renouvellement pour qu'une nouvelle «date de l'hypothèque» soit «réputée» stipulée et le juge Bouck, en déclarant qu'un renouvellement subséquent ne change pas automatiquement la «date de l'hypothèque» aux fins de l'article, a laissé entière la question de savoir si l'on pourrait arriver à une conclusion différente si la convention de renouvellement prévoyait expressément une nouvelle date.

Le juge Bouck n'a pas eu à attendre longtemps pour voir une convention de renouvellement en vertu de laquelle une nouvelle date de l'hypothèque était «réputée» expressément stipulée. De par ses faits, l'affaire *Kaltenbach v. Royal Trust Co.* (1983), 30 R.P.R. 69 (C.S.C.-B.), ressemble beaucoup à la présente affaire. Les parties ont renouvelé une hypothèque dont la durée initiale était d'un peu plus de cinq ans. Le renouvellement était pour une durée d'exactement cinq ans à compter

new "date of the mortgage", the five-year period started to run for the purposes of the section from that date. He said at p. 76 of his reasons:

> Because of the "redating clause", I do not think it is necessary for me to decide whether the mortgagors can waive the protection of the Interest Act. What happened in this case is that on June 29, 1982, the parties in effect entered into an agreement whereby they contracted to continue with their relationship as mortgagors and mortgagee on certain terms. One of these terms is that the mortgage relationship was to commence on July 15, 1982 and end on July 15, 1987. That interval of time is not more than five years after the date of July 15, 1982. Therefore, the agreement between the parties does not trigger the provisions of s. 10 of the Interest Act allowing the mortgagors the right to prepay prior to July 15, 1987.

Bouck J. did not appear to view the deeming of a new "date of the mortgage" as itself a form of waiver or contracting out. In his view, the parties could change the "date of the mortgage" as referred to in s. 10 at will.

In *Butcher v. Royal Trust Co.* (1984), 33 R.P.R. 178 (Sask. Q.B.), Wright J. also found that the renewal agreement created a new "date of the mortgage". The mortgage was originally for five years but it was renewed for a further five years. Wright J. noted what Bouck J. had said in *Lynch* (*Kaltenbach* was still under reserve) and held that the renewal agreement before him contained the contractual provisions necessary to create a new "date of the mortgage". He also held that, where a mortgagor has the right to prepay the original debt under s. 10, if he does not do so but instead enters

de la date à laquelle, selon ce qu'avait convenu les parties, l'acte d'hypothèque était réputé avoir été signé. Le juge Bouck a conclu que, parce que les parties avaient convenu d'une nouvelle «date de l'hypothèque», c'est à compter de cette date que la période de cinq ans commençait à courir aux fins de l'article en question. Voici ce qu'il dit à la p. 76 de ses motifs:

> [TRADUCTION] En raison de la «clause fixant une nouvelle date», je ne crois pas qu'il me soit nécessaire de décider si les débiteurs hypothécaires peuvent renoncer à la protection de la Loi sur l'intérêt. Ce qui est arrivé en l'espèce est que, le 29 juin 1982, les parties ont effectivement conclu une entente par laquelle elles se sont engagées à maintenir, à certaines conditions, leurs rapports de débiteurs hypothécaires et de créancière hypothécaire. L'une de ces conditions porte que les rapports en question devaient commencer le 15 juillet 1982 et prendre fin le 15 juillet 1987. Ce laps de temps ne dépasse pas cinq ans à compter de la date du 15 juillet 1982. En conséquence, la convention intervenue entre les parties n'entraîne pas l'application des dispositions de l'art. 10 de la Loi sur l'intérêt de manière à permettre aux débiteurs hypothécaires d'effectuer un remboursement anticipé avant le 15 juillet 1987.

Le juge Bouck n'a pas semblé considérer la stipulation réputée d'une nouvelle «date de l'hypothèque» comme constituant en soi une espèce de renonciation. À son avis, les parties pouvaient changer à leur guise la «date de l'hypothèque» dont parle l'art. 10.

Dans la décision *Butcher v. Royal Trust Co.* (1984), 33 R.P.R. 178 (B.R. Sask.), le juge Wright a lui aussi conclu que la convention de renouvellement créait une nouvelle «date de l'hypothèque». L'hypothèque, initialement d'une durée de cinq ans, a été renouvelée pour une autre période de cinq ans. Le juge Wright a noté ce qu'avait dit le juge Bouck dans la décision *Lynch* (l'affaire *Kaltenbach* étant encore en délibéré) et est arrivé à la conclusion que la convention de renouvellement dont il était saisi contenait les dispositions contractuelles nécessaires pour créer une nouvelle «date de l'hypothèque». Il a jugé en outre que lorsqu'un débiteur hypothécaire jouit, en vertu de l'art. 10, du droit de rembourser par anticipation la dette initiale, si au lieu d'exercer ce droit il conclut plutôt une convention de renouvellement, alors l'art. 10 ne s'applique qu'à la nou-

into a renewal agreement, s. 10 then applies only to the new term. He said at pp. 187-88:

In my respectful view, s. 10 gives a person other than a corporation an absolute right to tender or prepay in the manner prescribed by its wording.

There is an important corollary to that principle, however. If the borrower chooses to extend or renew his agreement with a lender for a further term, even though there is no change in the terms of the new arrangement save for the new dates for payment, then s. 10 only applies to the new term. It would be illogical and manifestly unjust if a mortgagor could renew an existing mortgage and then immediately retire his debt by simply paying the principal, interest and a sum equivalent to three months interest. He, not the lender, determines if he will pay his original obligation when it falls due. If the original term was for more than five years then he is assured of his right to pay off that indebtedness after the five year interval. If the borrower therefore avails himself of a new arrangement he cannot escape the consequences by arguing either that the original mortgage is for more than five years (Potash v. Royal Trust situation) or that the original term and the new term total more than five years and he is therefore entitled to pre-pay. Section 10 is not intended to provide consumers with an escape hatch that would not be available to them if they signed a new formal instrument. A renewal or extension is a new mortgage for the purpose of determining the application of s. 10 in my respectful view.

(Emphasis added.)

Bouck J.'s approach in *Kaltenbach* was followed by Scott Co. Ct. J. in *Shaw v. Royal Trust Co.* (1984), 33 R.P.R. 148 (Ont. Co. Ct.), and by Brennan J. in *Re MacDonald and Royal Trust Corp. of Canada* (1984), 8 D.L.R. (4th) 448 (Alta. Q.B.). However, his approach was not adopted by either of the appellate courts of the provinces which have dealt with the issue to date. The Manitoba Court of Appeal did not adopt the *Kaltenbach* approach in this case (noting, perhaps mistakenly, that it was under appeal) and the British Columbia Court of Appeal rejected it in *Re Turner and Royal Trust Corp. of Canada* (1985), 23 D.L.R. (4th) 746, not because it disagreed with

velle période. Voici ce qu'il affirme, aux pp. 187 et 188:

[TRADUCTION] J'estime avec égards que l'art. 10 confère à toute personne qui n'est pas une personne morale le droit absolu de faire une offre de paiement ou d'effectuer un remboursement anticipé de la manière prévue par ses termes.

Il y a toutefois un corollaire important à ce principe. Si l'emprunteur choisit de proroger ou de renouveler sa convention avec le prêteur pour une période supplémentaire, même si les modalités de la nouvelle entente ne comportent pas d'autre changement que les nouvelles dates de paiement, alors l'art. 10 s'applique seulement à la nouvelle période. Il serait illogique et manifestement injuste qu'un débiteur hypothécaire puisse renouveler une hypothèque existante et ensuite éteindre immédiatement sa dette par le simple paiement du capital, de l'intérêt et d'une somme équivalant à trois mois d'intérêt. C'est lui et non pas le prêteur qui détermine s'il s'acquittera de son obligation initiale lorsqu'elle arrivera à échéance. Si la durée initiale était de plus de cinq ans, son droit de payer cette dette à l'expiration des cinq ans lui serait assuré. Donc, si l'emprunteur conclut une nouvelle entente, il ne peut en éluder les conséquences en soutenant soit que l'hypothèque initiale est d'une période de plus de cinq ans (la situation qui se présente dans l'affaire Potash v. Royal Trust), soit que la période initiale et la nouvelle période totalisent plus de cinq ans, de sorte qu'il a le droit de rembourser par anticipation. L'article 10 n'est pas destiné à fournir aux consommateurs une issue de secours qui n'existerait pas s'ils signaient un nouvel acte d'hypothèque. J'estime avec égards qu'un renouvellement ou une prorogation constituent une nouvelle hypothèque aux fins de déterminer si l'art. 10 s'applique.

(C'est moi qui souligne.)

Le point de vue adopté par le juge Bouck dans l'affaire *Kaltenbach* a été suivi par le juge Scott de la Cour de comté dans l'affaire *Shaw v. Royal Trust Co.* (1984), 33 R.P.R. 148 (C. cté Ont.), et par le juge Brennan dans l'affaire *Re MacDonald and Royal Trust Corp. of Canada* (1984), 8 D.L.R. (4th) 448 (B.R. Alb.) Toutefois, aucune des cours d'appel provinciales qui se sont penchées sur la question jusqu'à présent n'a adopté ce point de vue. En l'espèce, la Cour d'appel du Manitoba n'a pas adopté le point de vue de la décision *Kaltenbach* (faisant remarquer, à tort peut-être, qu'elle faisait l'objet d'un appel) et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique l'a rejeté dans l'arrêt

the result, but because it thought that only the legislature could achieve it. In other words, it considered it incompatible with the words of s. 10.

The facts in *Turner* differ from the facts in this case. The original term of the mortgage in *Turner* was two years; there was a one-year renewal followed by a second renewal for four years, a period chosen by the mortgagors. Hutcheon J.A., on behalf of a five member panel of the British Columbia Court of Appeal, held that the "date of the mortgage" as referred to in the section is the date of the original mortgage, a date which could not be changed by the parties "deeming" a new "date of the mortgage" by way of amendment to the mortgage. Hutcheon J.A. seems to have concluded also that the parties could not amend the "terms of the mortgage" as that phrase is used in the section. In view of this the result in the case was governed by *Re Hodgson and Raskin* and by *Deeth*. Since the original term of the mortgage was for less than five years, the statutory prepayment right was not available to the mortgagors. Hutcheon J.A. considered the language of the section to be clear. Although he recognized that the interpretation urged by the mortgagee was the "sensible" one, he felt that the legislature would have to step in in order to achieve it.

With respect, I do not think the legislature could have intended the section to have the narrow, literal meaning Hutcheon J.A. attributed to it. The language certainly does not compel that interpretation and I do not think therefore that we can fairly lay it at the door of the legislature. The words of Laskin C.J. in *United Trust Co. v. Dominion Stores Ltd.*, [1977] 2 S.C.R. 915, seem apt. He said at p. 937 that "the Courts must take the responsibility, since it would be their interpre-

Re Turner and Royal Trust Corp. of Canada (1985), 23 D.L.R. (4th) 746, non pas parce qu'elle était en désaccord avec la solution retenue, mais parce qu'elle estimait que cela relevait du domaine exclusif du législateur. En d'autres termes, elle l'a jugé incompatible avec le texte de l'art. 10.

Les faits de l'affaire *Turner* sont différents de ceux de la présente espèce. La durée initiale de l'hypothèque dans l'affaire *Turner* était de deux ans; il y a eu un renouvellement d'un an suivi d'un second de quatre ans, une durée choisie par les débiteurs hypothécaires. Le juge Hutcheon, au nom d'une formation de cinq juges de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a conclu que la «date de l'hypothèque» mentionnée à l'article en question désigne la date de l'hypothèque initiale, date que les parties ne pouvaient changer en modifiant l'acte d'hypothèque de manière à faire en sorte qu'une nouvelle «date de l'hypothèque» soit «réputée» stipulée. Le juge Hutcheon semble avoir conclu également qu'il n'était pas loisible aux parties de modifier les «termes de l'acte d'hypothèque» au sens où cette expression est employée dans l'article. Compte tenu de cela, c'étaient les décisions *Re Hodgson and Raskin* et *Deeth* qui déterminaient la façon dont l'affaire devait être tranchée. Puisque la durée initiale de l'hypothèque était de moins de cinq ans, les débiteurs hypothécaires ne pouvaient bénéficier du droit de remboursement anticipé conféré par la loi. De l'avis du juge Hutcheon, le texte de l'article était clair. Tout en reconnaissant le caractère [TRADUCTION] «raisonnable» de l'interprétation préconisée par la créancière hypothécaire, il a estimé que pour atteindre cet objet l'intervention du législateur était nécessaire.

Avec égards, je ne crois pas que le législateur ait pu vouloir que l'article ait le sens étroit et littéral que lui prête le juge Hutcheon. Certes, une telle interprétation n'est pas imposée par le texte de l'article et je ne crois pas, en conséquence, que nous puissions en toute justice l'imputer au législateur. Les propos qu'a tenus le juge en chef Laskin dans l'arrêt *United Trust Co. c. Dominion Stores Ltd.*, [1977] 2 R.C.S. 915, semblent pertinents. Il affirme, à la p. 937, que «c'est ... aux tribunaux

tation, by no means a compelled one, which produces it" (the result).

While there is no doubt that the legislature at the time it enacted s. 10 did so in light of the commercial practices of the day, I do not believe that this precludes the Court from giving it an interpretation consonant with to-day's commercial reality if such an interpretation is equally compatible with the legislative language. In the late nineteenth century when the section was first enacted the term of a mortgage and its amortization period coincided. To-day this is seldom the case, most residential mortgages being for less than five years but amortized over twenty or thirty years. This was a situation not envisaged by legislatures in the 1880's and 1890's. It would have made no difference therefore to the early draftsman whether the objective of s. 10 was stated as being to make mortgages open after five years or to ensure that mortgagors were never locked in for more than five years. This distinction is only relevant in to-day's commercial setting because of the bifurcation of amortization and term to maturity. Consequently, the Court is not faced with making a choice between two interpretations or policies only one of which was intended by the draftsman. Both are equally consistent with Parliamentary intent and the only basis for choosing between them, it seems to me, is to ask which is more in keeping with common commercial practice.

(a) The Language of the Renewal Agreement

It seems fairly clear from the mortgage loan renewal agreement that what is being renewed by the document is the loan and not the security. If the mortgagor wishes to pay off the loan on the maturity date of the original mortgage or of the first renewal, then he may do so and is then entitled to the return of his security. Royal offered to carry Potash's debt for a further period on new terms if he wished to do so rather than redeem his

de . . . [porter la responsabilité], puisque c'est leur interprétation, qui n'a rien d'irrésistible, qui y conduit» (au résultat).

Bien qu'il ne fasse aucun doute que le législateur, lorsqu'il a adopté l'art. 10, l'a fait en fonction des pratiques commerciales de l'époque, je ne crois pas que cela empêche la Cour de donner à cet article une interprétation qui s'accorde avec la réalité commerciale actuelle si cette interprétation est également compatible avec les termes employés par le législateur. Au moment où l'article a été adopté pour la première fois, à la fin du XIX^e^ siècle, la durée d'une hypothèque coïncidait avec sa période d'amortissement. Aujourd'hui c'est rarement le cas, car la plupart des hypothèques résidentielles sont d'une durée de moins de cinq ans, bien que leur période d'amortissement soit de vingt ou trente ans. Cette situation n'a pas été envisagée par les législateurs des deux dernières décennies du XIX^e^ siècle. Il leur aurait donc été indifférent que l'objet attribué à l'art. 10 soit celui de garantir la possibilité de rembourser par anticipation les prêts hypothécaires au bout de cinq ans ou de faire en sorte que l'assujettissement des débiteurs hypothécaires à une hypothèque ne dure jamais plus de cinq ans. Si cette distinction est importante dans le contexte commercial actuel, c'est uniquement à cause de l'écart entre la période d'amortissement et la durée de l'hypothèque. Par conséquent, la Cour n'est pas appelée à faire un choix entre deux interprétations ou politiques dont une seule traduit l'intention du législateur. L'une et l'autre sont également compatibles avec l'intention du Parlement et, à ce qu'il me semble, on ne peut choisir entre les deux qu'en se demandant laquelle correspond davantage à la pratique courante en matière commerciale.

a) Le texte de la convention de renouvellement

Il semble assez clair à la lecture de la convention de renouvellement du prêt hypothécaire que ce que le document renouvelle c'est le prêt et non pas la garantie. Si le débiteur hypothécaire souhaite rembourser le prêt à la date d'échéance de l'hypothèque initiale ou à l'expiration du premier renouvellement, il peut le faire et il a alors droit à la mainlevée de l'hypothèque. Royal a offert d'accorder à Potash une nouvelle échéance selon des

security but specified that he must accept the offer prior to the maturity date of the existing loan. By signing the renewal agreement Potash accepted the offer. The new repayment terms and interest rate are set out in the agreement. It provides that the original mortgage is deemed to be dated as of the maturity date of the existing loan. All the other terms and conditions remain in full force and effect.

It seems to me that as a matter of pure contract law the parties are free to renew the terms of their loan in this manner. Nor can I see any restriction on their doing so in equity provided the mortgagor is fully aware of his rights, there is no fraud or misrepresentation on the part of the mortgagee and the transaction is not otherwise unconscionable. The right of the mortgagor with which we are concerned in this case is, of course, his right under s. 10(1) to pay off the loan at the end of the five-year period. Potash was advised by Royal in the case of both mortgages that they were coming up to their maturity dates and that they were prepared to renew if he so desired. They gave him a number of options as to terms. No specific reference was made to Potash's s. 10 right.

Potash testified that he was confused about the effect of the second renewal agreements. He did not read them and thought that, like the previous ones, they were renewals for one year and not five. He did, however, acknowledge that he knew that he could pay off the mortgages rather than renew them with Royal and that he could then enter into new mortgages with a different mortgagee "if he could find one". His evidence was, however, that his intention was to renew with Royal for one year. The trial judge stated: "I have no comment to make on his evidence in this connection". The trial judge did, however, go on to observe that Mr. Potash was "an experienced builder and a frequent dealer with mortgage companies" (a finding which Potash's own testimony amply supports) and that he should be bound by the agreements he had signed. While he was perfectly free to argue about what they meant, once that was determined,

modalités nouvelles s'il préférait ne pas purger l'hypothèque, mais elle a précisé que l'offre devrait être acceptée avant la date d'échéance du prêt existant. En signant la convention de renouvellement, Potash a accepté l'offre. Les nouvelles modalités de remboursement ainsi que le taux d'intérêt sont stipulés par la convention. Celle-ci prévoit que l'hypothèque initiale est réputée avoir pour date la date d'échéance du prêt existant. En ce qui concerne les autres modalités, elles continuent de s'appliquer intégralement.

Il me semble que, du simple point de vue du droit des contrats, les parties sont libres de renouveler ainsi les modalités du prêt. L'*equity*, à ce que je puis voir, n'y impose non plus aucune restriction, pourvu que le débiteur hypothécaire soit bien au courant de ses droits, qu'il n'y ait ni dol ni déclarations inexactes de la part du créancier hypothécaire et que l'opération ne soit pas par ailleurs déraisonnable. Le droit du débiteur hypothécaire qui nous intéresse en l'espèce est, bien entendu, celui que confère le par. 10(1) d'acquitter le prêt à l'expiration des cinq ans. Royal a informé Potash que les deux hypothèques venaient à échéance et qu'elle était prête à les renouveler s'il le souhaitait. Elle lui a offert plusieurs options quant aux modalités. Le droit reconnu à Potash par l'art. 10 n'a pas été expressément mentionné.

D'après le témoignage de Potash, l'effet des nouvelles conventions de renouvellement n'était pas clair dans son esprit. Il ne les avait pas lues et croyait que, tout comme dans le cas des conventions antérieures, il s'agissait de renouvellements pour un an et non pas pour cinq ans. Il a toutefois reconnu qu'il savait qu'il lui était possible de purger les hypothèques plutôt que de les renouveler avec Royal et qu'il pouvait ensuite conclure de nouvelles hypothèques avec un créancier différent [TRADUCTION] «s'il pouvait en trouver un». Il a témoigné cependant que son intention avait été de renouveler avec Royal pour une année. Le juge de première instance a dit: [TRADUCTION] «Je n'ai aucune observation à faire au sujet de son témoignage sur ce point.» Le juge de première instance a toutefois ajouté que M. Potash était [TRADUCTION] «un constructeur expérimenté qui faisait souvent affaire avec des sociétés d'hypothèque»

Kroft J. held, he could not escape their impact. The Court of Appeal did not deal with this issue. In their view, it was academic since Potash could not contract out of or waive his s. 10 right in any event.

On either interpretation of s. 10 it was open to Potash to repay the mortgage loans and redeem his security at the expiration of five years from the date of the original mortgages. Both were for terms slightly in excess of five years. He could then have entered into new mortgages with a different mortgagee. Alternatively, he could do what he did and renew with Royal. It is clear from his testimony that he had no desire to redeem either on the original maturity date or on the expiry of the first renewal term. He made no effort to tender the monies owing on either occasion. He did, however, tender them two years after entering into the second renewal agreement. His evidence was that he did so when he found out through his accountant that he had signed five-year renewals in mistake for one-year renewals.

I agree with Kroft J. that Potash is bound by the agreements he signed. Whether or not he could have them set aside on grounds of unilateral mistake is not before us. The key question is whether he could bring them to an end prior to maturity by prepayment under s. 10.

(b) The Language of s. 10

I have no difficulty in reading the word "mortgage" in s. 10, in circumstances where renewals have been entered into, as the mortgage as amended. I do not believe that this puts any undue strain on the language or the sense. Accordingly, the phrase the "date of the mortgage" would mean in such a case the date of the mortgage as amended and the phrase "under the terms of the mortgage"

(conclusion largement appuyée par le témoignage de Potash lui-même) et qu'il devait être lié par les conventions qu'il avait signées. Le juge Kroft a conclu que, bien qu'il fût parfaitement libre d'en débattre le sens, une fois qu'il était déterminé, il ne pouvait se soustraire à l'application de ces conventions. La Cour d'appel n'a pas examiné cette question. Selon elle, celle-ci ne revêtait qu'un intérêt théorique car Potash ne pouvait en tout état de cause renoncer au droit que lui conférait l'art. 10.

Quelle que soit l'interprétation donnée à l'art. 10, Potash était en droit de rembourser les prêts hypothécaires et d'exercer son droit de rachat à l'expiration de cinq ans à compter de la date des hypothèques initiales dont la durée était d'un peu plus de cinq ans chacune. Il aurait pu alors conclure de nouvelles hypothèques avec un créancier différent ou, encore, renouveler avec Royal, comme il l'a fait. Il ressort nettement de son témoignage qu'il ne souhaitait aucunement la purger ni à la date d'échéance initiale ni à l'expiration du premier renouvellement. Il ne s'est aucunement efforcé de payer à ces dates-là les sommes dues. Il a toutefois fait une offre de paiement deux ans après avoir conclu la seconde convention de renouvellement. D'après sa déposition, il a fait cela après avoir appris de son comptable qu'il avait par mégarde signé des renouvellements de cinq ans au lieu d'un an.

Je suis d'accord avec le juge Kroft pour dire que Potash est lié par les conventions qu'il a signées. Nous ne sommes pas appelés à déterminer s'il pourrait obtenir leur annulation pour cause d'erreur unilatérale. La question essentielle est de savoir s'il peut y mettre fin avant leur échéance en effectuant un remboursement anticipé conformément à l'art. 10.

b) Le texte de l'art. 10

Je n'ai aucune difficulté, dans des situations où il y a eu des renouvellements, à interpréter le terme «hypothèque» à l'art. 10 comme signifiant l'hypothèque modifiée. Je ne crois pas que cela dénature indûment le texte ou le sens de cette disposition. Par conséquent, l'expression la «date de l'hypothèque» signifierait en pareil cas la date de l'hypothèque modifiée et l'expression «d'après

would mean under the terms of the mortgage as amended. I believe that it is unnecessary to characterize the mortgage as a "new mortgage" for this purpose. The opening part of s. 10(1) would then, in a case where there have been amendments to the original mortgage, be interpreted as if it read:

Whenever any principal money or interest secured by mortgage of real estate is not, under the terms of the mortgage (as amended), payable until a time more than five years after the date of the mortgage (as amended), then, if at any time . . . .

This would have the effect of permitting the mortgagor to pay the mortgage off at the end of each five-year renewal period which, in my view, is what the legislature intended. It would also avoid the manifest injustice referred to by Wright J. in *Butcher* of permitting a mortgagor to collapse a mortgage immediately after executing a renewal agreement with full knowledge and intent. It is this consequence of the Ontario Law Reform Commission's interpretation which has caused judges and commentators alike to seek out an interpretation which would give a greater degree of business efficacy to the renewal agreement entered into by the parties. The real question is whether in giving this degree of business efficacy to renewal agreements the Court would be permitting mortgagors to contract out of or waive their s. 10 rights and, if so, whether this would violate the long standing principle that parties cannot contract out of statutory provisions enacted in the public interest.

7. May a Mortgagor Contract out of or Waive the Section's Benefit?

Consistent with its position on the first issue, it was the submission of Royal on the second issue that mortgagors could waive or contract out of their statutory prepayment rights. Contracting out of or waiving statutory provisions for one's benefit, counsel argued, is perfectly permissible unless the

les termes de l'acte d'hypothèque» désignerait les termes de l'acte d'hypothèque modifié. À mon avis, il n'est pas nécessaire à cette fin de qualifier l'hypothèque de [TRADUCTION] «nouvelle hypothèque». Ainsi donc, dans un cas où l'hypothèque initiale a subi des modifications, la première partie du par. 10(1) serait interprétée comme si elle était ainsi rédigée:

Lorsqu'une somme principale ou un intérêt garanti par hypothèque sur biens-fonds n'est pas payable, d'après les termes de l'acte d'hypothèque (modifié), avant qu'il se soit écoulé plus de cinq ans à compter de la date de l'hypothèque (modifiée), alors, si, à quelque époque . . .

Cela aurait pour effet de permettre au débiteur hypothécaire de purger l'hypothèque à l'expiration de chaque renouvellement de cinq ans, ce qui, selon moi, est conforme à l'intention du législateur. En même temps, on éviterait l'injustice manifeste, évoquée par le juge Wright dans la décision *Butcher*, qui en résulterait s'il était permis à un débiteur hypothécaire de purger une hypothèque immédiatement après avoir, délibérément et en pleine connaissance de cause, signé une convention de renouvellement. C'est précisément cette conséquence de l'interprétation préconisée par la Commission de réforme du droit de l'Ontario qui a amené juges et glossateurs à chercher une interprétation qui conférerait une efficacité commerciale accrue à la convention de renouvellement conclue par les parties. La question véritable est de savoir si, en conférant ce degré d'efficacité commerciale aux conventions de renouvellement, la Cour se trouverait à permettre aux débiteurs hypothécaires de renoncer aux droits que leur confère l'art. 10 et, dans l'affirmative, si cela constituerait une entorse au principe établi depuis longtemps selon lequel les parties ne peuvent renoncer à l'application de dispositions législatives adoptées dans l'intérêt public.

7. Un débiteur hypothécaire peut-il renoncer à l'avantage conféré par l'article en question?

Conformément à sa position sur la première question, Royal a fait valoir, au sujet de la seconde, qu'il était loisible aux débiteurs hypothécaires de renoncer aux droits de remboursement anticipé que leur accorde la loi. Renoncer à se prévaloir de dispositions législatives adoptées dans

statute expressly or impliedly prohibits it or unless it is contrary to public policy to do so. There is no prohibition against waiver or contracting out in the statute. Nor, he alleged, does public policy prohibit it. The provision, he submitted, protects only a limited class, not the public as a whole. Corporations are excluded from its ambit; only individual mortgagors are protected. Furthermore, only where the statute contains mandatory prohibitions is contracting out foreclosed. This section does not prohibit mortgages for more than five years. It merely confers on mortgagors a prepayment right which they may or may not choose to exercise. In the absence of a statutory prohibition against contracting out or waiver, counsel submitted, the only constraints are those imposed by public policy and no head of public policy is offended by a waiver of the mortgagor's s. 10 right.

In response to this argument, counsel for Potash acknowledged that there was no express prohibition in the statute against contracting out of the section. But he submitted that by necessary implication the section prohibits it. He noted that the section presupposes the existence of a mortgage for more than five years. The section also clearly overrides certain terms of such a mortgage by making it prepayable. It would be absurd if by contract the parties could negate the very statutory provision which overrides the terms of the mortgage for the mortgagor's protection. Counsel also referred to cases dealing with other sections in the *Interest Act* which prohibit certain terms in contracts. He submitted that this section is designed for the protection of the public, any or all of the members of which may at one time or another require its protection when they borrow against mortgage security. To permit contracting out would defeat the whole purpose of a legislative provision enacted in the public interest.

son propre intérêt, a soutenu l'avocat, est parfaitement acceptable, à moins que la loi en question ne l'interdise expressément ou implicitement ou que cela ne soit contraire à l'intérêt public. Or, selon l'avocat, ni la loi en cause ni l'intérêt public n'empêche une telle renonciation. La disposition, a-t-il fait valoir, ne protège qu'une catégorie restreinte de personnes et non pas le public en général. Elle ne vise pas les personnes morales; seuls les débiteurs hypothécaires qui sont des particuliers bénéficient de sa protection. De plus, les renonciations sont exclues seulement lorsque la loi contient des interdictions formelles. L'article en cause n'interdit pas les hypothèques d'une durée de plus de cinq ans. Il ne fait que conférer aux débiteurs hypothécaires un droit de remboursement anticipé qu'ils peuvent choisir d'exercer ou de ne pas exercer. À défaut d'une disposition législative empêchant la renonciation, a prétendu l'avocat, les seules contraintes sont celles imposées par l'intérêt public et la renonciation par le débiteur hypothécaire au droit que lui confère l'art. 10 ne constitue en aucune manière une atteinte à l'intérêt public.

Devant cet argument, l'avocat de Potash a reconnu que la loi n'interdit pas expressément que l'on renonce à la protection accordée par l'article. Il a toutefois fait valoir que l'article interdit cela par déduction nécessaire. L'avocat a souligné que cette disposition présuppose l'existence d'une hypothèque d'une durée de plus de cinq ans. En outre, elle déroge clairement à certaines conditions d'une telle hypothèque en permettant le remboursement anticipé du prêt hypothécaire. Il serait absurde que les parties puissent par contrat rendre inopérante la disposition législative même qui, en dérogeant aux termes de l'acte d'hypothèque, assure la protection du débiteur hypothécaire. L'avocat a aussi cité des décisions traitant d'autres articles de la *Loi sur l'intérêt* qui interdisent l'inclusion de certaines stipulations dans les contrats. Il a fait valoir que l'article en question vise à assurer la protection du public, dont les membres peuvent tous et chacun à un moment donné avoir besoin lorsqu'ils effectuent un emprunt garanti par une hypothèque. Permettre que l'on renonce à cette protection irait complètement à l'encontre de l'objet d'une disposition législative adoptée dans l'intérêt public.

I agree with counsel for Potash that s. 10(1) was enacted in the public interest and that the long standing rule against contracting out or waiver should apply to it. The question, however, is whether the mortgagor has purported to contract out of or waive his prepayment right in these renewal agreements.

8. Did the Mortgagor Contract Out of or Waive his s. 10 Right in this Case

It seems to me that the answer to this question depends upon what the right is, i.e., which interpretation of s. 10(1) is the correct one. I find it difficult to conclude that when a mortgagor is presented by a mortgagee with an option to pay off the mortgage at the end of a five-year period or to renew for another five-year period and opts for the latter that he has thereby contracted out of his right to repay. It seems to me that what he has done is decide not to exercise it. I say this, of course, on the assumption that the mortgagor makes a conscious decision with full knowledge that the option is his. Contracting out or waiver, it seems to me, envisages a mortgagor's agreeing or acknowledging at the commencement of a five-year period that he has no option, that only one route is open to him and that is to renew with the same mortgagee. He is then, so to speak, in the hands of the mortgagee, the very thing the section is designed to prevent. But this is not the case here. Potash did not have to sign any renewal if he did not want to. He did not contract out of his right to repay; he made a free choice not to exercise it. He chose to postpone his obligation for a further five-year term. Having done so he cannot, in my opinion, renege on his promise on the basis that what he has done involves an illegal contracting out or waiver of his rights. I agree with Wright J. that s. 10 was not intended to provide "an escape hatch" for mortgagors who simply change their minds. The statute gives them a right which they may or may not choose to exercise. Once they have made their choice, then, absent fraud or misrepre-

Je suis d'accord avec l'avocat de Potash pour dire que le par. 10(1) a été adopté dans l'intérêt public et que la règle établie depuis longtemps qui interdit la renonciation doit s'y appliquer. La question est toutefois de savoir si, dans les conventions de renouvellement présentement en cause, le débiteur hypothécaire a prétendu renoncer à son droit de remboursement anticipé.

8. Le débiteur hypothécaire a-t-il en l'espèce renoncé au droit que lui confère l'art. 10?

Il me semble que la réponse à cette question est fonction de la nature du droit dont il s'agit, c'est-à-dire de la question de savoir qu'elle est la bonne interprétation du par. 10(1). J'ai peine à conclure que, lorsqu'un créancier hypothécaire offre à un débiteur hypothécaire le choix de purger l'hypothèque à l'expiration d'une période de cinq ans ou de la renouveler pour une durée supplémentaire de cinq ans, et que le débiteur opte pour le renouvellement, que ce débiteur a ainsi renoncé à son droit de remboursement. Il me semble que ce qu'il a fait a été de décider de ne pas l'exercer. Là je tiens évidemment pour acquis que le débiteur hypothécaire prend sa décision consciemment, en sachant parfaitement que ce choix lui appartient. Il y a renonciation, me semble-t-il, lorsqu'un débiteur hypothécaire convient ou reconnaît au début d'une période de cinq ans qu'il n'a pas le choix, qu'une seule possibilité lui est offerte, savoir le renouvellement avec le même créancier hypothécaire. Il est alors, pour ainsi dire, à la merci du créancier hypothécaire, ce qui est précisément ce que l'article vise à empêcher. Mais ce n'est pas le cas qui se présente en l'espèce. Potash n'avait pas à signer de convention de renouvellement s'il ne le voulait pas. Il n'a pas renoncé à son droit de remboursement; il a choisi librement de ne pas l'exercer. Il a choisi de proroger son obligation pour une période supplémentaire de cinq ans. Ayant fait cela, il ne peut, selon moi, manquer à sa promesse en alléguant que son acte constitue une renonciation illégale à ses droits. Je suis d'accord avec le juge Wright que l'art. 10 n'a nullement pour objet de fournir «une issue de secours» aux débiteurs hypothécaires qui changent simplement d'avis. La loi leur confère un droit qu'ils peuvent choisir d'exercer ou de ne pas exercer. Dès qu'ils ont fait leur choix, alors en

sentation by the mortgagee or unconscionability in the transaction itself, they should be bound by it.

9. Conclusions

1. The purpose of s. 10(1) of the *Interest Act* and s. 20(6) of the Manitoba *Mortgage Act* is to ensure that mortgagors have the right to pay off their mortgages at the end of each five-year period. They cannot be "locked in" for more than five years.

2. Where the original term of a mortgage exceeds five years, the mortgagor has the right to pay it off at the end of five years in compliance with the section (see *Deeth*).

3. Where the original term of the mortgage is for five years or less and the term is extended by agreement beyond the five-year period (the "date of the mortgage" remaining unchanged), the mortgagor has the right to pay it off at the end of five years (see *Deeth* and *Lynch*).

4. Where a mortgagor elects not to exercise his right under s. 10(1) but instead enters into an otherwise valid and enforceable renewal agreement which "deems" the date of the original mortgage to be the date of maturity of the existing loan, and the term of the renewal agreement does not itself exceed five years, he cannot pay off the mortgage until the end of the five-year renewal period (see *Kaltenbach*, *Butcher* and *Shaw*).

5. When a mortgagor makes a conscious decision on the basis of full knowledge of his statutory right to repay at the end of a five-year period not to do so, he does not "contract out of" or "waive" his statutory right. He simply decides not to exercise it. If, however, he purports in a mortgage or renewal agreement to relinquish his right to pay off the mortgage at the end of any given five-year period, such a provision could not be enforced against him at the instance of the mortgagee. He

l'absence de dol ou de déclarations inexactes de la part du créancier hypothécaire, ou à moins que l'opération ne soit déraisonnable en soi, ils doivent être liés par ce choix.

9. Conclusions

1. Le paragraphe 10(1) de la *Loi sur l'intérêt* ainsi que le par. 20(6) de *The Mortgage Act* du Manitoba ont pour objet d'assurer aux débiteurs hypothécaires le droit de purger leurs hypothèques à l'expiration de chaque période de cinq ans. Ils ne peuvent être assujettis à une hypothèque pendant plus de cinq ans.

2. Lorsque la durée initiale d'une hypothèque dépasse cinq ans, le débiteur a le droit de la purger au bout de cinq ans conformément à l'article en question (voir la décision *Deeth*).

3. Lorsque la durée initiale de l'hypothèque est de cinq ans ou moins et qu'elle est prorogée par convention au-delà de cinq ans (la «date de l'hypothèque» restant inchangée), le débiteur hypothécaire a le droit de purger l'hypothèque à l'expiration de cinq ans (voir les décisions *Deeth* et *Lynch*).

4. Lorsqu'un débiteur hypothécaire choisit non pas d'exercer le droit que lui confère le par. 10(1), mais plutôt de conclure une convention de renouvellement par ailleurs valide et exécutoire suivant laquelle l'hypothèque initiale est «réputée» porter la date d'échéance du prêt existant, et que la durée de la convention de renouvellement n'est pas elle-même supérieure à cinq ans, il ne peut purger l'hypothèque qu'à la fin de la période de cinq ans prévue par la convention de renouvellement (voir les décisions *Kaltenbach*, *Butcher* et *Shaw*).

5. Lorsqu'un débiteur hypothécaire qui est parfaitement au courant du droit, que lui confère la loi, d'effectuer un remboursement à l'expiration d'une période de cinq ans décide consciemment de ne pas l'exercer, cela ne constitue pas une «renonciation» à ce droit. Il décide simplement de ne pas l'exercer. Si toutefois dans un acte d'hypothèque ou une convention de renouvellement, il prétendait renoncer à son droit de purger l'hypothèque à l'expiration d'une période donnée de cinq ans, le créancier

would still be free to pay off the mortgage on compliance with the statute.

10. Disposition

I would allow the appeal, set aside the order of the Court of Appeal of Manitoba and restore the order of Kroft J. dismissing the application of the respondent. The respondent is, however, entitled to his costs of the appeal and of the application for leave to appeal in accordance with the order of this Court dated July 16, 1984.

Appeal allowed with costs to the respondent.

Solicitors for the appellant: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Klein, Kravetsky, Alexander, Winnipeg.

ne pourrait pas l'obliger à se conformer à une telle stipulation. Il resterait libre de purger l'hypothèque conformément à la loi.

10. Dispositif

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel du Manitoba et de rétablir celle du juge Kroft portant rejet de la demande de l'intimé. Ce dernier a toutefois droit aux dépens que lui ont occasionnés le pourvoi et la demande d'autorisation de pourvoi, conformément à l'ordonnance de cette Cour en date du 16 juillet 1984.

Pourvoi accueilli avec dépens en faveur de l'intimé.

Procureurs de l'appelante: Aikins, MacAulay & Thorvaldson, Winnipeg.

Procureurs de l'intimé: Klein, Kravetsky, Alexander, Winnipeg.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

John Ross Campbell and Gordon Saul Kotler *Respondents*

INDEXED AS: R. v. CAMPBELL

File No.: 17751.

1986: April 28; 1986: October 9.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Criminal law — Indictment — Amendment — Proprietorships described as the victims of a fraud in the indictment — Proprietorships not "persons" capable of being defrauded — Motion to amend indictment denied by trial judge because of irreparable prejudice to accused — Decision properly affirmed on appeal — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 529.

Criminal law — Fraud — Proprietorships described as the victims of a fraud — Proprietorships not "persons" capable of being defrauded — Reference to the proprietorships in the indictment indicating that the Crown was particularizing the person registered under the proprietorships as the victim — No evidence of fraud against that person — Directed verdict of acquittal correct — Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 338, 529.

Respondents, who owned and operated Casecam Manufacturing, hired a firm of chartered accountants to arrange additional financing for their company. An accountant organized a factoring scheme by which respondents would sell their company's accounts receivable for cash and the buyer of the accounts would collect the sum due from the manufacturing company's clients. A sole proprietorship called Casecam Financial Services was established and registered in the name of the accountant's secretary to serve as a conduit between the respondents and the individual investor interested in buying the accounts receivable. When Casecam Manufacturing required funds, Casecam Financial Services prepared a contract of assignment and the funds, which were provided to it by an investor, were advanced to the respondents in return for the company's accounts receivable. The respondents then issued a cheque to Casecam

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

John Ross Campbell et Gordon Saul Kotler *Intimés*

RÉPERTORIÉ: R. c. CAMPBELL

N° du greffe: 17751.

1986: 28 avril; 1986: 9 octobre.

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

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

Droit criminel — Acte d'accusation — Modification — Entreprises personnelles désignées comme victimes d'une fraude dans l'acte d'accusation — Entreprises personnelles ne constituant pas des «personnes» susceptibles d'être fraudées — Rejet d'une requête en modification de l'acte d'accusation par le juge du procès pour cause de préjudice irréparable aux accusés — Décision confirmée à bon droit en appel — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 529.

Droit criminel — Fraude — Entreprises personnelles désignées comme victimes d'une fraude — Entreprises personnelles ne constituant pas des «personnes» susceptibles d'être fraudées — Mention des entreprises personnelles dans l'acte d'accusation indiquant que la poursuite nommait comme victime la personne au nom de laquelle les entreprises étaient enregistrées — Aucune preuve de fraude à l'encontre de cette personne — Verdict d'acquittement valablement imposé — Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 338, 529.

Les intimés, qui possédaient et exploitaient Casecam Manufacturing, ont chargé un cabinet de comptables agréés d'obtenir un financement supplémentaire pour leur société. Un comptable a mis sur pied un plan d'affacturage selon lequel les intimés vendraient au comptant les créances de leur société et l'acheteur de ces créances percevrait les sommes dues auprès des clients de la société. Une entreprise personnelle, appelée Casecam Financial Services, a été créée et enregistrée au nom de la secrétaire du comptable pour servir d'intermédiaire entre les intimés et les investisseurs individuels désireux de se porter acquéreurs des créances. Quand Casecam Manufacturing avait besoin de fonds, Casecam Financial Services dressait un contrat de cession et des fonds, fournis par un investisseur, étaient avancés aux intimés en échange des créances de la société. Les intimés remettaient ensuite à Casecam Financial Servi-

Financial Services for the first month's interest, which was divided between Casecam Financial Services, for its administrative services, and the investor. The respondents acquired an interest in another company, Gorlee Greenhouses, and a similar factoring scheme was arranged with a sole proprietorship called Gorlee Financial Services. Later, it was discovered that the respondents had submitted false invoices. The respondents were acquitted, on a directed verdict, of charges of defrauding Casecam Financial Services and Gorlee Financial Services. The trial judge found that sole proprietorships were not "persons", within the meaning of the *Criminal Code*, capable of being defrauded. The trial judge also denied the Crown's motion to amend the indictment by substituting the names of new victims because it would be prejudicial to the respondents' defence. The Court of Appeal upheld the judgment. This appeal is to determine whether the Court of Appeal erred in affirming the trial judge's decision to refuse the amendment sought by the Crown and, if not, whether the trial judge correctly directed the verdict.

Held: The appeal should be dismissed.

While the decision to refuse an amendment is, under s. 529(6) of the *Criminal Code*, a question of law and reviewable by the Court of Appeal on a Crown appeal, the decision of the trial judge, when based upon a finding of irreparable prejudice, should not be interfered with lightly and should be made keeping in mind the trial judge's privileged position as regards the effect on the fairness of a trial of events taking place in the courtroom. In the case at bar, there was no good reason for this Court to interfere with the Court of Appeal's exercise of restraint.

Proprietorships are not in and of themselves "persons" capable of being defrauded. They are the registered names under which persons, capable of being defrauded, do business. The Crown, in making reference to the proprietorships, indicated that the victim it was particularizing was the accountant's secretary—the sole person registered under the proprietorships—and that it was in the operation of those two proprietorships that she was defrauded, and it undertook to make its case within these narrow confines. While it is not essential for a victim to be defrauded of any property, money or valuable security or that there be actual economic loss as to the outcome of the fraud, there must nevertheless be an actual risk of prejudice to the economic interests of the alleged victim. Under the factoring scheme, however, there was no such risk because she was only a

ces un chèque pour l'intérêt du premier mois et ce montant était partagé entre Casecam Financial Services, pour ses services administratifs, et l'investisseur. Les intimés ont acquis une part dans une autre société, Gorlee Greenhouses, et un plan similaire d'affacturage a été établi au moyen d'une entreprise personnelle appelée Gorlee Financial Services. Plus tard, on a découvert que les intimés avaient présenté des fausses factures. Par suite d'un verdict imposé, les intimés ont été acquittés relativement à des accusations d'avoir fraudé Casecam Financial Services et Gorlee Financial Services. Le juge du procès a conclu que les entreprises personnelles ne constituaient pas des «personnes» susceptibles d'être fraudées au sens du *Code criminel*. Le juge du procès a en outre rejeté la requête de la poursuite visant la modification de l'acte d'accusation par la substitution des noms de nouvelles victimes pour le motif que pareille modification serait préjudiciable à la défense des intimés. La Cour d'appel a confirmé ce jugement. Le pourvoi vise à déterminer si la Cour d'appel a commis une erreur en confirmant la décision du juge du procès de refuser la modification sollicitée par la poursuite et, dans la négative, si c'est à bon droit que le juge du procès a imposé le verdict.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Quoique, suivant le par. 529(6) du *Code criminel*, la décision de refuser une modification constitue une question de droit dont la poursuite peut demander la révision en appel à la Cour d'appel, on ne devrait pas intervenir à la légère face à la décision du juge du procès fondée sur une conclusion de préjudice irréparable et on devrait garder à l'esprit la position privilégiée du juge du procès vis-à-vis de l'effet, sur l'équité du procès, d'événements qui se produisent dans la salle d'audience. En l'espèce, cette Cour n'a aucune raison valable d'intervenir devant la réserve manifestée par la Cour d'appel.

Les entreprises personnelles ne constituent pas en soi des «personnes» susceptibles d'être fraudées. Elles sont les raisons sociales enregistrées sous lesquelles des personnes pouvant être fraudées exploitent une entreprise. La poursuite, en faisant mention des entreprises personnelles, indiquait qu'elle nommait comme victime la secrétaire du comptable—la seule personne au nom de laquelle ces entreprises étaient enregistrées—et que c'était dans l'exploitation de ces deux entreprises personnelles qu'elle a été fraudée; la poursuite a donc présenté sa preuve à charge dans ces limites étroites. Bien qu'il ne soit pas essentiel qu'une victime soit frustrée de quelque bien, argent ou valeur ou que la fraude mène à une perte pécuniaire réelle, il doit néanmoins exister un véritable risque de préjudice à l'égard des intérêts pécuniaires de la victime. Le plan d'affacturage ne présentait toutefois

"conduit" in the transactions, being instrumental to the flow of money between the respondents and the buyers of the accounts receivable.

Cases Cited

Followed: *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2; **referred to:** *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2 "person", 338(1)(*a*) [1974-75-76, c. 93, s. 32], 510(3), 512, 529(4), (6).

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal, upholding a judgment of Hoilett Co. Ct. J. directing a verdict of acquittal on a charge of fraud. Appeal dismissed.

Jeff Casey, for the appellant.

Clay M. Powell, Q.C., and *Barbara Bogoch*, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—

Introduction

The respondents were acquitted of fraud on a verdict directed by Judge Hoilett, a County Court Judge of Ontario. That decision was upheld by the Court of Appeal for Ontario. The Crown now comes to this Court by leave. All of the proceedings below and the granting of leave to appeal to this Court took place prior to this Court's decision in *Vézina and Côté v. The Queen*, [1986] 1 S.C.R. 2, wherein most of the issues arising out of this appeal were addressed extensively.

Facts

The respondents owned and operated a manufacturing company, Casecam Manufacturing Co. Ltd. Casecam Manufacturing used the services of Yale & Partners, a firm of chartered accountants. In August of 1977 the respondents approached one Brian Rosenthal, a partner with Yale, seeking

aucun risque de ce genre parce que la victime n'était qu'un «intermédiaire» dans les opérations en question, un moyen par lequel l'argent s'acheminait entre les intimés et les acheteurs des créances.

Jurisprudence

Arrêt suivi: *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2; **arrêt mentionné:** *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2 «personne», 338(1)*a*) [1974-75-76, chap. 93, art. 32], 510(3), 512, 529(4), (6).

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario confirmant une décision du juge Hoilett de la Cour de comté, qui avait imposé un verdict d'acquittement relativement à une accusation de fraude. Pourvoi rejeté.

Jeff Casey, pour l'appelante.

Clay M. Powell, c.r., et *Barbara Bogoch*, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—

Introduction

Par suite d'un verdict imposé par le juge Hoilett de la Cour de comté de l'Ontario, les intimés ont été acquittés relativement à une accusation de fraude. La Cour d'appel de l'Ontario a confirmé cette décision. Ayant reçu l'autorisation de pourvoi, la poursuite s'adresse maintenant à cette Cour. Toutes les procédures devant les tribunaux d'instance inférieure ainsi que l'autorisation de pourvoi devant cette Cour sont antérieures à l'arrêt *Vézina et Côté c. La Reine*, [1986] 1 R.C.S. 2, dans lequel la Cour a traité à fond la plupart des questions soulevées par le présent pourvoi.

Les faits

Les intimés possédaient et exploitaient une entreprise de fabrication, Casecam Manufacturing Co. Ltd. Celle-ci avait recours aux services de Yale & Partners, un cabinet de comptables agréés. En août 1977, les intimés se sont adressés à un nommé Brian Rosenthal, un associé du cabinet

additional financing for Casecam Manufacturing. Mr. Rosenthal arranged for a group of investors to provide funds for a factoring scheme by which the respondents would sell Casecam Manufacturing's accounts receivable for cash and the buyer of the accounts receivable would collect the sum due from Casecam Manufacturing's clients.

Mr. Rosenthal arranged for a "conduit", in the form of a sole proprietorship called Casecam Financial Services, to channel funds from individual investors to Casecam Manufacturing. Casecam Financial Services was established in the name of Anna Teremy, Rosenthal's secretary and common-law wife. The routine established was that when Casecam Manufacturing required funds, the respondent Kotler would notify Mr. Rosenthal or Ms. Teremy of the name and the amount of the receivables to be assigned. Mr. Rosenthal would then arrange for an individual investor to provide funds to Casecam Financial Services. A contract of assignment would be prepared, and the assignment would be registered. The respondents provided copies of the invoices for completed sales, and a cheque would be issued to the respondents in the name of Casecam Financial Services. The respondents in turn would issue a cheque to Casecam Financial Services for the first month's interest (2½ per cent per month), which was divided between Casecam Financial Services (½ per cent) and the individual investor (2 per cent).

In November 1977, the respondents acquired an interest in Gorlee Greenhouses, a division of Casecam Manufacturing. A similar factoring scheme was operated in relation to Gorlee Greenhouses, with a sole proprietorship called Gorlee Financial Services registered in Ms. Teremy's name and purchasing its accounts receivable.

These schemes operated until April or May of 1978, when it was discovered that the respondents had been submitting false invoices to Casecam Financial Services and Gorlee Financial Services. These invoices totalled about $524,765. When confronted with this, the respondents made partial

Yale, en vue d'obtenir un financement supplémentaire pour Casecam Manufacturing. M. Rosenthal a pris des dispositions pour qu'un groupe d'investisseurs fournisse des fonds pour un plan d'affacturage aux termes duquel les intimés vendraient au comptant les créances de Casecam Manufacturing et l'acheteur de ces créances percevrait auprès des clients de Casecam Manufacturing les sommes dues.

M. Rosenthal a établi un «intermédiaire» au moyen d'une entreprise personnelle qui s'appelait Casecam Financial Services, par lequel les fonds provenant des investisseurs individuels seraient acheminés à Casecam Manufacturing. Casecam Financial Services a été constituée au nom d'Anna Teremy, la secrétaire et conjoint de fait de Rosenthal. La pratique adoptée était la suivante: quand Casecam Manufacturing aurait besoin de fonds, l'intimé Kotler informerait M. Rosenthal ou M^lle^ Teremy du nom du débiteur et du montant de la créance devant être cédée. M. Rosenthal s'arrangerait alors pour qu'un investisseur individuel avance des fonds à Casecam Financial Services. Un contrat de cession serait dressé et la cession serait enregistrée. Les intimés fourniraient copie des factures constatant les ventes réalisées et un chèque serait remis aux intimés au nom de Casecam Financial Services. Les intimés à leur tour remettraient un chèque à Casecam Financial Services pour l'intérêt du premier mois (2,5 p. 100 par mois), montant qui serait partagé entre Casecam Financial Services (0,5 p. 100) et l'investisseur individuel (2 p. 100).

En novembre 1977, les intimés ont acquis une part dans Gorlee Greenhouses, une filiale de Casecam Manufacturing. Un plan similaire d'affacturage a été mis sur pied dans le cas de Gorlee Greenhouses. En effet, une entreprise personnelle portant la dénomination de Gorlee Financial Services, enregistrée au nom de M^lle^ Teremy, achetait les créances de Gorlee Greenhouses.

Ces plans ont fonctionné jusqu'en avril ou mai 1978. À ce moment-là, on a découvert que les intimés avaient présenté des fausses factures à Casecam Financial Services et à Gorlee Financial Services. Le montant total de ces factures s'élevait à environ 524 765 $. Quand ils ont été mis en

restitution ($80,000), but filed a corporate assignment in bankruptcy on May 29, 1978. The various individuals and companies who had invested in the factoring scheme suffered losses ranging from about $10,000 to $466,660. Ms. Teremy made a profit by reason of the fees received for her administrative services in relation to Casecam Financial Services and Gorlee Financial Services.

The respondents were charged that they "by deceit, falsehood or other fraudulent means, defrauded Casecam Financial Services and Gorlee Financial Services of monies exceeding $200.00".

Legislation

The sections of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34, as amended, that are relevant to the disposition of this appeal are the following:

2. In this Act

. . .

"every one", "person", "owner", and similar expressions include Her Majesty and public bodies, bodies corporate, societies, companies and inhabitants of counties, parishes, municipalities or other districts in relation to the acts and things that they are capable of doing and owning respectively;

338. (1) Every one who, by deceit, falsehood or other fraudulent means, whether or not it is a false pretence within the meaning of this Act, defrauds the public or any person, whether ascertained or not, of any property, money or valuable security,

(*a*) is guilty of an indictable offence and is liable to imprisonment for ten years, where the subject-matter of the fraud is a testamentary instrument or where the value thereof exceeds two hundred dollars;

510. . . .

(3) A count shall contain sufficient detail of the circumstances of the alleged offence to give to the accused reasonable information with respect to the act or omission to be proved against him and to identify the transaction referred to, but otherwise the absence or insufficiency of details does not vitiate the count.

512. No count in an indictment is insufficient by reason of the absence of details where, in the opinion of

présence de ces faits, les intimés ont effectué une restitution partielle (80 000 $), mais ont déposé le 29 mai 1978 une cession des biens des sociétés. Les différents particuliers et les différentes sociétés qui avaient investi dans le plan d'affacturage ont subi des pertes allant d'environ 10 000 $ jusqu'à 466 660 $. M^lle^ Teremy pour sa part a réalisé un gain en raison des émoluments qu'elle touchait pour les services administratifs qu'elle rendait par l'entremise de Casecam Financial Services et de Gorlee Financial Services.

Les intimés ont été accusés d'avoir [TRADUCTION] «par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, frustré Casecam Financial Services et Gorlee Financial Services d'une somme d'argent dépassant 200 $».

Les textes législatifs

Voici les dispositions du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34, et modifications, qui sont pertinentes en l'espèce:

2. Dans la présente loi

. . .

«quiconque», «individu», «personne», «propriétaire» et les expressions similaires comprennent Sa Majesté et les corps publics, les corporations constituées, sociétés, compagnies, ainsi que les habitants de comtés, paroisses, municipalités ou autres districts à l'égard des actes et choses qu'ils sont capables d'accomplir et de posséder respectivement;

338. (1) Quiconque, par supercherie, mensonge ou autre moyen dolosif, constituant ou non un faux semblant au sens de la présente loi, frustre le public ou toute personne, déterminée ou non, de quelque bien, argent ou valeur

a) est coupable d'un acte criminel et passible d'un emprisonnement de dix ans si l'objet de la fraude est un titre testamentaire ou si la valeur de ce dont est frustré le public ou toute personne dépasse deux cents dollars;

510. . . .

(3) Un chef d'accusation doit contenir, à l'égard des circonstances de l'infraction alléguée, des détails suffisants pour renseigner raisonnablement le prévenu sur l'acte ou omission à prouver contre lui, et pour identifier l'affaire mentionnée, mais autrement l'absence ou insuffisance de détails ne vicie pas le chef d'accusation.

512. Aucun chef dans un acte d'accusation n'est insuffisant en raison de l'absence de détails lorsque,

the court, the count otherwise fulfils the requirements of section 510 and, without restricting the generality of the foregoing, no count in an indictment is insufficient by reason only that

. . .

(*b*) it does not name the person who owns or has a special property or interest in property mentioned in the count,

(*c*) it charges an intent to defraud without naming or describing the person whom it was intended to defraud,

. . .

(*g*) it does not name or describe with precision any person, place or thing . . .

529. . . .

(4) The court shall, in considering whether or not an amendment should be made, consider

(*a*) the matters disclosed by the evidence taken on the preliminary inquiry,

(*b*) the evidence taken on the trial, if any,

(*c*) the circumstances of the case,

(*d*) whether the accused has been misled or prejudiced in his defence by a variance, error or omission mentioned in subsection (2) or (3), and

(*e*) whether, having regard to the merits of the case, the proposed amendment can be made without injustice being done.

(Emphasis added.)

d'après la cour, le chef d'accusation répond autrement aux exigences de l'article 510 et, sans restreindre la généralité de ce qui précède, nul chef d'accusation dans un acte d'accusation n'est insuffisant du seul fait

. . .

b) qu'il ne nomme pas la personne qui est le propriétaire d'un bien mentionné dans le chef d'accusation, ou qui a un droit de propriété ou intérêt spécial dans ce bien,

c) qu'il impute une intention de frauder sans nommer ou décrire la personne qu'on avait l'intention de frauder,

g) qu'il ne nomme ni ne décrit avec précision une personne, un endroit ou une chose . . .

529. . . .

(4) La cour doit, en considérant si une modification devrait ou ne devrait pas être faite, examiner

a) les faits révélés par la preuve recueillie lors de l'enquête préliminaire,

b) la preuve recueillie lors du procès, s'il en est,

c) les circonstances de l'espèce,

d) la question de savoir si l'accusé a été induit en erreur ou lésé dans sa défense par une divergence, erreur ou omission mentionnée au paragraphe (2) ou (3), et

e) la question de savoir si, eu égard au fond de la cause, la modification projetée peut être apportée sans qu'une injustice soit commise.

(C'est moi qui souligne.)

The Judgments

County Court

After the Crown closed its case, the accused chose to adduce no evidence. Defence counsel did not, either before or after announcing that no evidence would be adduced in defence, move for a directed verdict. Rather, in the course of his address to the jury he expressed the view that the trial judge would direct a verdict of acquittal on the basis that the victims alleged in the indictment, Casecam Financial Services and Gorlee Financial Services, were not persons, in law, capable of being defrauded within the meaning of s. 338(1) of the *Criminal Code* of Canada.

Following defence counsel's address to the jury, the trial judge excluded the jury and dealt with the

Les jugements

Cour de comté

Après que la poursuite eut fini sa preuve, les accusés ont choisi de n'en produire aucune. L'avocat de la défense n'a pas, ni avant ni après la communication de la décision de ne pas présenter de preuve, demandé un verdict imposé. Par contre, il a, au cours de son exposé au jury, exprimé l'avis que le juge du procès imposerait un verdict d'acquittement fondé sur le fait que les victimes nommées dans l'acte d'accusation, savoir Casecam Financial Services et Gorlee Financial Services, n'étaient pas en droit des personnes susceptibles d'être fraudées au sens du par. 338(1) du *Code criminel* du Canada.

À la suite de l'exposé de l'avocat de la défense, le juge du procès a exclu le jury et a fait comme si

situation as if Mr. Powell, counsel for the defence, had made a motion for a directed verdict. Having found that Casecam and Gorlee Financial Services were sole proprietorships he agreed with Mr. Powell that, not being persons under s. 2 of the *Code*, they were not capable of being defrauded.

The Crown, who disagreed with this reading of s. 2, sought, as a fallback position, an amendment which, as described by the judge, was in substance seeking "that Mr. Friedlander, Mr. Rosenthal and Mr. Nelson Goldsmith, who were the principal financial losers in the relationship between the accused and the two entities described as conduits, that those persons should be added or substituted as being the persons defrauded in the indictment". The trial judge dismissed the motion to amend, giving the following reasons:

> In my view, based on the evidence, if I were to accede to that request for an amendment and either add or substitute Messrs. Friedlander, Rosenthal and Goldsmith as the persons defrauded in effect I would be naming a new victim. In my view, that cannot be considered anything other than a substantial change and variation. That, in itself, might be grounds enough to deny the application for an amendment.
>
> Equally important, in my view, is also the stage at which we have reached in the trial. Counsel have already made their submissions to the jury. Mr. Powell, for whatever reasons, has chosen or elected not to adduce any evidence. Given all those circumstances, in my view, it is impossible to conclude that had an amendment been sought and granted at some more opportune time that the defence may not have adopted a different approach in this trial. In fact, Mr. Powell indicated he very well might have. Given all those circumstances, in my view, as I have said, it is not an appropriate case for granting an amendment, notwithstanding the fact that I am of the view that I have the jurisdiction to do so, notwithstanding the advanced stage of the trial. Accordingly, that motion is denied.

He then concluded his reasons as follows:

> That is probably sufficient to dispose of my decision but contrary to wisdom I will gratuitously say that on the evidence, if I were disposed to grant an amendment, I would think that the more appropriate amendment would be to amend the indictment to name the person

Me Powell, l'avocat de la défense, avait présenté une requête en verdict imposé. Ayant conclu que Casecam et Gorlee Financial Services étaient des entreprises personnelles, il a été d'accord avec Me Powell pour dire qu'elles n'avaient pas la qualité de personnes au sens de l'art. 2 du *Code* et ne pouvaient donc pas être fraudées.

La poursuite, qui ne souscrivait pas à cette interprétation de l'art. 2, a sollicité en dernier recours une modification qui, selon ce qu'a dit le juge, visait essentiellement à obtenir [TRADUCTION] «que MM. Friedlander, Rosenthal et Nelson Goldsmith, les plus grands perdants sur le plan financier dans les relations entre les accusés et les deux entités qui servaient d'intermédiaires, soient ajoutés ou substitués aux noms des personnes fraudées mentionnées dans l'acte d'accusation». Le juge du procès a rejeté la requête en modification, motivant ainsi sa décision:

> [TRADUCTION] J'estime, sur la foi de la preuve, que, si je devais accéder à cette demande en modification et ajouter ou substituer les noms de MM. Friedlander, Rosenthal et Goldsmith en tant que personnes fraudées, je me trouverais en fait à nommer une nouvelle victime. Selon moi, cela ne saurait être considéré comme autre chose qu'un changement et une modification substantiels. Cela en soi pourrait suffire pour rejeter la demande de modification.
>
> Un facteur tout aussi important, selon moi, est le stade où nous en sommes dans le procès. Les avocats ont déjà présenté leurs exposés au jury. Me Powell, peu importe les raisons, a choisi de ne pas produire de preuve. Compte tenu de toutes ces circonstances, j'estime qu'il est impossible de conclure que, si une modification avait été demandée et accordée à un moment plus opportun, la défense n'aurait pas adopté une démarche différente dans ce procès. En fait, Me Powell a indiqué qu'il est fort possible qu'il ait procédé différemment. Étant donné toutes ces circonstances, je suis d'avis, comme je l'ai déjà souligné, qu'il ne convient pas en l'espèce d'accorder une modification, quoique j'estime avoir compétence pour le faire malgré le stade avancé où en est le procès. Par conséquent, la requête est rejetée.

Le juge du procès a terminé ainsi ses motifs:

> [TRADUCTION] Cela suffit probablement pour trancher l'affaire, mais, toute sagesse à part, je me permets quelques observations gratuites, savoir que, compte tenu de la preuve, si j'étais disposé à autoriser la modification de l'acte d'accusation, il me semblerait plus approprié de

being defrauded as Anna Teremy, carrying on business under the name of whatever the two entities are. My reason for so concluding is that although ironically Miss Teremy did not appear to suffer any financial loss in the sense that the others had, it may validly be argued, in my view, that in law she was the person who was vested with control of a substantial amount of money operated through Casecam Financial Services and Gorlee Financial Services, the sole proprietorships she operated, and as such was a person capable of being defrauded if properly so named.

In any event, as I have said, particularly having regard to the stage of the trial to which we have reached, I am not prepared to conclude that I could grant such an amendment without prejudice to the defence.

The trial judge then instructed the jury to return a verdict of not guilty.

Ontario Court of Appeal (Howland C.J.O.)

The judgment of the Court is succinct and can conveniently be reproduced here *in toto*.

In the particular circumstances we are not persuaded that the trial judge was wrong in refusing to amend the indictment and in directing a verdict of acquittal.

Nor has counsel for the Crown persuaded us that a different verdict would necessarily have been reached if the amendment had been made, because in our opinion there was no evidence that Anna Teremy had been defrauded.

We are not to be understood as having determined that an amendment was necessary in order to state that Anna Teremy was carrying on business under the names of Casecam Financial Services and Gorlee Financial Services.

(Emphasis added.)

Issues

There are many ways to frame the issues in this case. I find it convenient to frame them as follows and in the following order:

le modifier de manière qu'il nomme comme personne fraudée Anna Teremy, exploitant une entreprise sous les noms, quels qu'ils soient, des deux entités en cause. La raison de cette conclusion est celle-ci: bien que M^lle^ Teremy, si ironique soit-il, ne paraisse pas avoir subi de pertes financières comme les autres en ont subi, on peut à bon droit prétendre, selon moi, que, du point de vue juridique, c'est elle qui était chargée de la gestion des sommes d'argent considérables acheminées par l'intermédiaire de Casecam Financial Services et de Gorlee Financial Services, les entreprises personnelles exploitées par elle, et qu'elle était en conséquence une personne susceptible d'être fraudée si elle était régulièrement nommée en tant que telle.

En tout état de cause, je le répète, eu égard particulièrement au stade où en est le procès, je ne suis pas prêt à conclure que je pourrais accorder une telle modification sans causer de préjudice à la défense.

Le juge du procès a alors dit au jury de rendre un verdict de non-culpabilité.

Cour d'appel de l'Ontario (le juge en chef Howland)

Le jugement de la Cour d'appel est succinct et il convient de le reproduire ici intégralement.

[TRADUCTION] Dans les circonstances particulières de la présente instance, nous ne sommes pas convaincus que le juge du procès a commis une erreur en refusant de modifier l'acte d'accusation et en imposant un verdict d'acquittement.

De plus, l'avocat de la poursuite ne nous a pas convaincus qu'un verdict différent aurait nécessairement été rendu dans l'hypothèse d'une modification parce que, à notre avis, il n'y avait aucune preuve établissant qu'on avait fraudé Anna Teremy.

Il ne faut toutefois pas en conclure que nous avons déterminé qu'une modification était nécessaire pour déclarer qu'Anna Teremy exploitait une entreprise sous les noms de Casecam Financial Services et de Gorlee Financial Services.

(C'est moi qui souligne.)

Les questions en litige

Il y a beaucoup de façons de formuler les questions qui sont en litige en l'espèce. Je juge opportun de les formuler de la manière suivante et dans l'ordre suivant:

1. Did the Court of Appeal err in not reversing the trial judge's decision to refuse the amendment sought by the Crown?

2. If not, was the trial judge right in directing the verdict? This latter issue requires that we address the following questions:

   (a) are sole proprietorships persons capable of being defrauded?
   (b) if not, was the naming of the sole proprietorships as the victims a sufficient indication that the Crown was undertaking to prove that the sole registered owner, Anna Teremy, was the person defrauded?
   (c) if so, was the Court of Appeal correct in its determination that there was no evidence that Anna Teremy had been defrauded?

Most of these issues were recently addressed by this Court in *Vézina and Côté v. The Queen*, *supra*, and I do not intend to reiterate at any length what was said in that judgment.

First Issue: The Amendment

The issue is obviously not whether there was evidence to support the amendment sought. Indeed there was ample evidence and one wonders why the Crown, having chosen to name victims, chose not to name Friedlander, Rosenthal and Goldsmith or the other investors as the victims. The trial judge found that an amendment would have caused irreparable prejudice to the accused's conduct of the case. The Court of Appeal chose not to interfere with that finding though it could have on a Crown appeal since under s. 529(6) of the *Criminal Code* the decision to refuse an amendment is a question of law. I find no good reason to interfere with the Court of Appeal's exercise of restraint when considering such a finding by a trial court. As was said by this Court in *Vézina and Côté v. The Queen*, *supra*, at p. 29: "the decision of the trial judge, when based upon a finding of irreparable prejudice should not be interfered with lightly and should be made keeping in mind the trial judge's privileged position as regards the effect on the fairness of a trial of events taking place in the courtroom".

1. La Cour d'appel a-t-elle commis une erreur en n'infirmant pas la décision du juge du procès de refuser la modification sollicitée par la poursuite?
2. Dans la négative, est-ce à bon droit que le juge du procès a imposé le verdict? Cette dernière question exige que nous abordions les questions suivantes:
   a) les entreprises personnelles sont-elles des personnes susceptibles d'être fraudées?
   b) dans la négative, la désignation des entreprises personnelles comme victimes constitue-t-elle une indication suffisante que la poursuite entendait prouver que l'unique propriétaire inscrite, Anna Teremy, était la personne fraudée?
   c) dans l'affirmative, est-ce avec raison que la Cour d'appel a conclu à l'absence de preuves établissant qu'Anna Teremy avait été fraudée?

La plupart de ces questions ont été examinées récemment par cette Cour dans l'arrêt *Vézina et Côté c. La Reine*, précité, et je n'ai pas l'intention de répéter en détail ce qu'on a dit dans cet arrêt-là.

La première question: la modification

Il est évident que la question n'est pas de savoir si la preuve justifiait la modification sollicitée. En fait, il y avait une preuve abondante dans ce sens et on se demande pourquoi la poursuite, ayant choisi de nommer des victimes, n'a pas mentionné Friedlander, Rosenthal et Goldsmith ou les autres investisseurs. Le juge du procès a conclu qu'une modification aurait occasionné un préjudice irréparable à la défense des accusés. Quant à la Cour d'appel, elle a jugé bon de ne pas modifier cette conclusion, bien qu'elle eût pu le faire sur appel de la poursuite puisque, suivant le par. 529(6) du *Code criminel*, la décision de refuser une modification constitue une question de droit. Je ne vois aucune raison valable d'intervenir face à la réserve manifestée par la Cour d'appel devant une telle conclusion du tribunal de première instance. Comme cette Cour l'a dit dans l'arrêt *Vézina et Côté c. La Reine*, précité, à la p. 29: «on ne devrait pas intervenir à la légère face à la décision du juge du procès fondée sur une conclusion de préjudice irréparable et on devrait garder à l'esprit la position privilégiée du juge du procès vis-à-vis de l'effet, sur l'équité du procès, d'événements qui se produisent dans la salle d'audience.»

Second Issue: The Directed Verdict

Anna Teremy was the sole person registered under the proprietorships. Proprietorships are not in and of themselves persons capable of being defrauded. Proprietorships are the registered names under which persons, capable of being defrauded, do business. The Crown, in its written argument before this Court, recognized that the specification of Casecam Financial Services and Gorlee Financial Services as victims were really indications that Anna Teremy was the victim. The sole proprietorships were "simply business aliases for Anna Teremy" and she was "synonymous with the proprietorships".

My view of the matter is as follows: The effect of the Crown's reference to these proprietorships was threefold: first, the Crown was indicating that the victim it was particularizing was Anna Teremy; second, that it was in the operation of those two proprietorships that she was defrauded and not otherwise as, let us say, an investor like Rosenthal; and thirdly, that the Crown was undertaking to make its case (subject to and until an amendment was sought and granted) within these narrow confines, and the defence was entitled to so assume and conduct its case accordingly.

The Crown having been unsuccessful with its attempt to amend, and leaving the trial judge's decision undisturbed, the sole remaining question is whether the Court of Appeal erred in finding no evidence that Anna Teremy was defrauded. While it is not essential for a victim to be defrauded "of any property, money or valuable security", "that there be actual economic loss as to the outcome of the fraud" (see *R. v. Olan*, [1978] 2 S.C.R. 1175, at p. 1182, *per* Dickson J. (as he then was)), there must nevertheless be an actual "risk of prejudice to the economic interests" of the alleged victim, in this case Anna Teremy.

La seconde question: le verdict imposé

Anna Teremy était la seule personne inscrite comme propriétaire des entreprises personnelles. Or, les entreprises personnelles ne constituent pas en soi des personnes susceptibles d'être fraudées. Ce sont les raisons sociales enregistrées sous lesquelles des personnes pouvant être fraudées exploitent une entreprise. Dans son mémoire produit en cette Cour, la poursuite a reconnu que la désignation de Casecam Financial Services et de Gorlee Financial Services comme victimes constituait en réalité des indications que c'était Anna Teremy la victime. Les entreprises personnelles étaient [TRADUCTION] «simplement des noms d'emprunt dont Anna Teremy se servait à des fins commerciales» et elle [TRADUCTION] «incarnait ces entreprises personnelles».

Je peux exprimer mon opinion sur cette question de la façon suivante: la mention par la poursuite de ces entreprises personnelles a trois conséquences; premièrement, la poursuite indiquait par là qu'elle nommait Anna Teremy comme victime; deuxièmement, c'est dans l'exploitation de ces deux entreprises personnelles qu'Anna Teremy a été fraudée et d'aucune autre manière, à la différence d'un investisseur comme Rosenthal par exemple; et troisièmement, la poursuite (sous réserve de modification et tant qu'une modification n'avait été ni demandée ni accordée) présentait sa preuve à charge dans ces limites étroites, et la défense était en droit de supposer que c'était effectivement ce que faisait la poursuite et de procéder en conséquence.

Puisque la poursuite a échoué dans sa tentative d'obtenir la modification, et en laissant intacte la décision du juge du procès, il ne reste qu'à déterminer si la Cour d'appel a commis une erreur en concluant à l'absence de preuve établissant qu'Anna Teremy a été victime de fraude. Bien qu'il ne soit pas essentiel, pour qu'une victime soit frustrée «de quelque bien, argent ou valeur», «que la fraude mène à une perte pécuniaire réelle» (voir l'arrêt *R. c. Olan*, [1978] 2 R.C.S. 1175, à la p. 1182, motifs rédigés par le juge Dickson (maintenant Juge en chef)), il doit néanmoins exister un véritable «risque de préjudice» à l'égard des «intérêts pécuniaires» de la victime, en l'occurrence Anna Teremy.

Under the scheme there was no such actual risk of prejudice to the economic interests of Ms. Teremy. She was, as the trial judge found, but a "conduit" in the transactions, being instrumental to the flow of money between the respondents and the buyers of the receivables. Even if she had been made an innocent instrument in a scheme she would not have wanted to be part of had she not been deceived by the accused as regards the authenticity of certain receivables, that still would not have been sufficient to meet the test of "risk of prejudice" to her economic interests. This Court has addressed that issue in *Vézina and Côté*, *supra*, and made particular reference to the danger of looking for guidance as regards the notion of fraud in s. 338 of the *Code*, to other jurisdictions, where it was stated, at pp. 22-23:

> Reference to decisions in other jurisdictions under the common law of fraud or to English cases under their *Larceny Act*, 1861, and 1916, or their *Theft Act*, 1968, and 1978, must be read keeping in mind the fact that s. 338 of our *Code* is different. While I agree with the oft quoted statement in *R. v. Wines* (1953), 37 Cr. App. Rep. 197 at p. 199 that "decei(t) is, by falsehood, to induce a state of mind" and that "to defraud is, by deceit, to induce a course of action", we must keep in mind that in Canada s. 338 of the *Criminal Code* reads on to say that that course of action must be in the nature of depriving someone of "property, money or valuable security".
>
> In Scotland it has been found, in *Adcock v. Archibald*, [1925] J.C. 58, that under the common law, "any definite, practical result achieved by the fraud is enough" (*per* Lord Justice-General Clyde, at p. 61), and that "The essence of the offence consists in inducing the person who is defrauded either to take some article he would not otherwise have taken, or to do some act he would not otherwise have done, or to become the medium of some unlawful act" (*per* Lord Hunter, at p. 61). That wide notion of fraud has met with resistance in that jurisdiction (see Gordon, G. H., *The Criminal Law of Scotland* (2nd ed. 1978), at p. 603). Clearly that cannot be the law in Canada under our s. 338.

I therefore agree with the Court of Appeal that there was no evidence that Anna Teremy, the only victim upon which the Crown's case could rest,

Le plan en cause ne présentait aucun risque véritable de préjudice pour les intérêts pécuniaires de M^lle^ Teremy. Comme l'a conclu le juge du procès, elle n'était qu'un «intermédiaire» dans les opérations en question, puisqu'elle a été le moyen par lequel l'argent s'acheminait entre les intimés et les acheteurs des créances. Même si elle était devenue à son insu une participante à un plan dont elle n'aurait voulu rien entendre si elle n'avait pas été trompée par les accusés en ce qui concerne l'authenticité de certaines créances, cela n'aurait pas suffi pour remplir le critère du «risque de préjudice» à l'égard de ses intérêts pécuniaires. Cette question a déjà été analysée dans l'arrêt *Vézina et Côté*, précité, où, aux pp. 22 et 23, cette Cour a parlé en particulier du danger qu'il y a à se tourner vers d'autres ressorts pour faciliter l'interprétation de la notion de fraude à l'art. 338 du *Code*:

> La mention de décisions d'autres ressorts en vertu du droit de la fraude en *common law* ou des affaires anglaises en vertu de la *Larceny Act*, 1861, et 1916, ou de la *Theft Act*, 1968 et 1978, doit être examinée en gardant à l'esprit le fait que l'art. 338 de notre *Code* est différent. Bien que je sois d'accord avec l'extrait souvent cité de *R. v. Wines* (1953), 37 Cr. App. Rep. 197 à la p. 199 que [TRADUCTION] «la supercherie consiste à amener, par le mensonge, un état d'esprit» et que [TRADUCTION] «frauder consiste à amener, par la supercherie, une action», nous devons garder à l'esprit qu'au Canada l'art. 338 du *Code criminel* ajoute que l'action doit être telle qu'elle soit de nature à priver quelqu'un de «bien, argent ou valeur».
>
> En Écosse, il a été décidé dans l'arrêt *Adcock v. Archibald*, [1925] J.C. 58, qu'en *common law* [TRADUCTION] «tout résultat précis et pratique atteint par la fraude suffit» (le lord juge général Clyde, à la p. 61) et que [TRADUCTION] «L'essence de l'infraction consiste à amener la personne objet de la fraude à prendre une chose qu'elle n'aurait pas prise autrement ou à faire quelque chose qu'elle n'aurait pas fait autrement ou à devenir l'intermédiaire d'un acte illégal» (lord Hunter, à la p. 61). Cette notion large de la fraude a reçu de la résistance dans ce ressort-là (voir Gordon, G. H., *The Criminal Law of Scotland* (2nd ed. 1978), à la p. 603). Il est clair que ce ne peut être le droit au Canada en vertu de notre art. 338.

Je suis donc d'accord avec la Cour d'appel qu'il n'y a aucune preuve établissant qu'Anna Teremy, la seule victime sur laquelle pouvait reposer la

had been defrauded of property, money or valuable security.

I would accordingly dismiss this appeal.

Appeal dismissed.

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

Solicitor for the respondents: Clay M. Powell, Toronto.

cause de la poursuite, avait été frustrée d'un bien, d'argent, ou d'une valeur.

Par conséquent, je suis d'avis de rejeter le pourvoi.

Pourvoi rejeté.

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

Procureur des intimés: Clay M. Powell, Toronto.

Eve, by her Guardian *ad litem*, Milton B. Fitzpatrick, Official Trustee *Appellant*

v.

Mrs. E. *Respondent*

and

Canadian Mental Health Association, Consumer Advisory Committee of the Canadian Association for the Mentally Retarded, The Public Trustee of Manitoba and Attorney General of Canada *Interveners*

INDEXED AS: E. (MRS.) *v.* EVE

File No.: 16654.

1985: June 4, 5; 1986: October 23.

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 PRINCE EDWARD ISLAND

Courts — Jurisdiction — Parens patriae — Scope of doctrine and discretion required for its exercise — Whether or not encompassing consent for non-therapeutic sterilization of mentally incompetent person — Chancery Act, R.S.P.E.I. 1951, c. 21, s. 3 — Chancery Jurisdiction Transfer Act, S.P.E.I. 1974, c. 65, s. 2.

Family law — Mentally incompetent person — Application made for non-therapeutic sterilization of adult daughter by parent — Whether or not court authorized to grant consent — Whether or not authority to be found in statutes — Whether or not authority flowing from parens patriae power — Mental Health Act, R.S.P.E.I. 1974, c. M-9, am. S.P.E.I. 1976, c. 65, ss. 2(n), 30A(1), (2), 30B, 30L — Hospitals Act, "Hospital Management Regulations", R.R.P.E.I., c. H-11, s. 48.

Human rights — Disabled persons — Mentally incompetent person — Application made for non-therapeutic sterilization of adult daughter by parent — Whether or not court authorized to grant consent — Whether or not authority to be found in statutes — Whether or not authority flowing from parens patriae power.

Eve, représentée par son tuteur d'instance, Milton B. Fitzpatrick, Curateur public *Appelante*

c.

M^me^ E. *Intimée*

et

L'Association canadienne pour la santé mentale, Comité consultatif des consommateurs de l'Association canadienne pour les déficients mentaux, le curateur public du Manitoba et le procureur général du Canada *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: E. (M^me^) *c.* EVE

N° du greffe: 16654.

1985: 4, 5 juin; 1986: 23 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'ÎLE-DU-PRINCE-ÉDOUARD

Tribunaux — Compétence — Parens patriae — Portée de la doctrine et pouvoir discrétionnaire nécessaire pour son exercice — Le consentement à la stérilisation non thérapeutique d'une personne atteinte de déficience mentale en relève-t-il? — Chancery Act, R.S.P.E.I. 1951, chap. 21, art. 3 — Chancery Jurisdiction Transfer Act, S.P.E.I. 1974, chap. 65, art. 2.

Droit de la famille — Personne atteinte de déficience mentale — Demande présentée par un parent pour la stérilisation non thérapeutique de sa fille adulte — La Cour est-elle autorisée à y consentir? — Le pouvoir se trouve-t-il dans les lois? — Le pouvoir découle-t-il de la compétence parens patriae? — Mental Health Act, R.S.P.E.I. 1974, chap. M-9, mod. S.P.E.I. 1976, chap. 65, art. 2n), 30A(1), (2), 30B, 30L — Hospitals Act, «Hospital Management Regulations», R.R.P.E.I., chap. H-11, art. 48.

Droit de la personne — Personnes handicapées — Personne atteinte de déficience mentale — Demande présentée par un parent pour la stérilisation non thérapeutique de sa fille adulte — La Cour est-elle autorisée à y consentir? — Le pouvoir se trouve-t-il dans les lois? — Le pouvoir découle-t-il de la compétence parens patriae?

"Mrs. E." applied to the Supreme Court of Prince Edward Island for permission to give consent to the sterilization of "Eve", her adult daughter who was mentally retarded and suffered from a condition making it extremely difficult to communicate with others. Mrs. E. feared Eve might innocently become pregnant and consequently force Mrs. E., who was widowed and approaching sixty, to assume responsibility for the child. The application sought: (1) a declaration that Eve was mentally incompetent pursuant to the *Mental Health Act*; (2) the appointment of Mrs. E. as committee of Eve; and (3) an authorization for Eve's undergoing a tubal ligation. The application for authorization to sterilize was denied, and an appeal to the Supreme Court of Prince Edward Island, *in banco*, was launched. An order was then made appointing the Official Trustee as Guardian *ad litem* for Eve. The appeal was allowed. The Court ordered that Eve be made a ward of the Court pursuant to the *Medical Health Act* solely to permit the exercise of the *parens patriae* jurisdiction to authorize the sterilization, and that the method of sterilization be determined by the Court following further submissions. A hysterectomy was later authorized. Eve's Guardian *ad litem* appealed.

Held: The appeal should be allowed.

The *Mental Health Act* did not advance respondent's case. This Act provides a procedure for declaring mental incompetency, at least for property owners. Its ambit is unclear and it would take much stronger language to empower a committee to authorize the sterilization of a person for non-therapeutic purposes. The *Hospital Management Regulations* were equally inapplicable. They are not aimed at defining the rights of individuals.

The *parens patriae* jurisdiction for the care of the mentally incompetent is vested in the provincial superior courts. Its exercise is founded on necessity—the need to act for the protection of those who cannot care for themselves. The jurisdiction is broad. Its scope cannot be defined. It applies to many and varied situations, and a court can act not only if injury has occurred but also if it is apprehended. The jurisdiction is carefully guarded and the courts will not assume that it has been removed by legislation.

While the scope of the *parens patriae* jurisdiction is unlimited, the jurisdiction must nonetheless be exercised in accordance with its underlying principle. The discretion given under this jurisdiction is to be exercised for the benefit of the person in need of protection and not

«M^me E.» a demandé à la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard une autorisation pour qu'elle puisse consentir à la stérilisation d'«Eve», sa fille adulte qui est atteinte de déficience mentale et d'une affection qui ne lui permet pas de communiquer facilement avec les autres. M^me E. craignait qu'Eve puisse, en toute innocence, devenir enceinte, ce qui obligerait en conséquence M^me E., qui était veuve et avait près de 60 ans, à assumer la responsabilité de l'enfant. La demande visait à obtenir: (1) un jugement déclaratoire portant qu'Eve est atteinte de déficience mentale aux termes de la *Mental Health Act*; (2) que M^me E. soit nommée curatrice d'Eve; et (3) qu'Eve soit autorisée à subir une ligature des trompes. La demande d'autorisation de stérilisation a été rejetée et un appel a été interjeté devant la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, *in banco*. Une ordonnance a alors été rendue nommant le curateur public à titre de tuteur à l'instance d'Eve. L'appel a été accueilli. La cour a ordonné qu'Eve soit nommée pupille de la cour en application de la *Medical Health Act* dans le seul but de permettre l'exercice de la compétence *parens patriae* pour autoriser la stérilisation et que la méthode de stérilisation soit déterminée par la cour après d'autres plaidoiries. Une hystérectomie a par la suite été autorisée. Le tuteur à l'instance d'Eve a formé un pourvoi.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La *Mental Health Act* ne donne pas d'argument à l'intimée. Cette loi prévoit une procédure pour faire déclarer quelqu'un déficient mental, du moins ceux qui possèdent des biens. Sa portée n'est pas claire et il faudrait un texte beaucoup plus précis pour donner au curateur le pouvoir d'autoriser la stérilisation d'une personne à des fins non thérapeutiques. Le *Hospital Management Regulations* est également inapplicable. Il n'a pas pour but de définir les droits de la personne.

La compétence *parens patriae* pour le soin des déficients mentaux est attribuée aux cours supérieures des provinces. Son exercice est fondé sur la nécessité—le besoin d'agir pour protéger ceux qui ne peuvent pas prendre soin d'eux-mêmes. La compétence est large. Sa portée ne peut être définie. Elle s'applique à des situations nombreuses et variées et un tribunal peut agir non seulement pour le motif qu'un préjudice a été subi mais également qu'il risque de se produire. La compétence est soigneusement protégée et les tribunaux ne présumeront pas qu'elle a été enlevée par un texte législatif.

Bien que la portée de la compétence *parens patriae* soit illimitée, elle doit néanmoins être exercée conformément à son principe sous-jacent. Le pouvoir discrétionnaire accordé en vertu de cette compétence doit être exercé à l'avantage de la personne qui a besoin de

for the benefit of others. It must at all times be exercised with great caution, a caution that must increase with the seriousness of the matter. This is particularly so in cases where a court might be tempted to act because failure to act would risk imposing an obviously heavy burden on another person.

Sterilization should never be authorized for non-therapeutic purposes under the *parens patriae* jurisdiction. In the absence of the affected person's consent, it can never be safely determined that it is for the benefit of that person. The grave intrusion on a person's rights and the ensuing physical damage outweigh the highly questionable advantages that can result from it. The court, therefore, lacks jurisdiction in such a case.

The court's function to protect those unable to take care of themselves must not be transformed so as to create a duty obliging the Court, at the behest of a third party, to make a choice between two alleged constitutional rights—that to procreate and that not to procreate—simply because the individual is unable to make that choice. There was no evidence to indicate that failure to perform the operation would have any detrimental effect on Eve's physical or mental health. Further, since the *parens patria* jurisdiction is confined to doing what is for the benefit and protection of the disabled person, it cannot be used for Mrs. E.'s benefit.

Cases involving applications for sterilization for therapeutic reasons may give rise to the issues of the burden of proof required to warrant an order for sterilization and of the precautions judges should take with these applications in the interests of justice. Since, barring emergency situations, a surgical procedure without consent constitutes battery, the onus of proving the need for the procedure lies on those seeking to have it performed. The burden of proof, though a civil one, must be commensurate with the seriousness of the measure proposed. A court in conducting these procedures must proceed with extreme caution and the mentally incompetent person must have independent representation.

Cases Cited

Considered: *X (a minor), Re*, [1975] 1 All E.R. 697; *D (a minor), Re*, [1976] 1 All E.R. 326; *Eberhardy, Matter of*, 307 N.W.2d 881 (Wis. 1981); *Grady, In re*, 426 A.2d 467 (N.J. 1981); *Hayes' Guardianship,*

protection, mais pas pour celui des autres. Il doit toujours être exercé avec une grande prudence dont il faut redoubler selon que la gravité d'une affaire augmente. C'est particulièrement le cas lorsqu'un tribunal peut être tenté d'agir parce que le défaut de le faire risquerait d'imposer un fardeau manifestement lourd à une autre personne.

La stérilisation ne devrait jamais être autorisée à des fins non thérapeutiques en vertu de la compétence *parens patriae*. En l'absence du consentement de la personne visée, on ne peut jamais déterminer d'une manière certaine que l'opération est à l'avantage de cette personne. La grave atteinte aux droits d'une personne et le préjudice physique qui en découlent l'emportent sur les avantages très douteux qui peuvent en résulter. Le tribunal n'a donc pas compétence en pareil cas.

La fonction du tribunal de protéger ceux qui sont incapables de prendre soin d'eux-mêmes ne doit pas être transformée de manière à créer un devoir obligeant le tribunal, sur l'ordre d'un tiers, à choisir entre ce qu'on prétend être deux droits constitutionnels—celui de procréer et celui de ne pas procréer—simplement parce que la personne est incapable de faire ce choix. Aucun élément de preuve n'indique que ne pas pratiquer l'opération aurait un effet préjudiciable sur la santé physique ou mentale d'Eve. En outre, comme la compétence *parens patriae* doit être exercée pour faire ce qui est nécessaire à l'avantage de la personne atteinte de déficience et pour les protéger, elle ne peut être utilisée à l'avantage de M^me^ E.

Les affaires portant sur des demandes de stérilisation à des fins thérapeutiques peuvent soulever les questions du fardeau de la preuve nécessaire pour justifier une ordonnance de stérilisation et les précautions que les juges devraient, dans l'intérêt de la justice, prendre pour traiter des demandes. Étant donné que sauf dans les situations d'urgence, une intervention chirurgicale sans consentement constitue des voies de fait, il ressort que le fardeau de démontrer la nécessité de l'acte médical incombe à ceux qui en demandent l'exécution. Le fardeau de la preuve, bien qu'il soit civil, doit correspondre à la gravité de la mesure proposée. Dans ces affaires, un tribunal doit procéder avec une très grande prudence et la personne atteinte de déficience mentale doit être représentée de manière indépendante.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *X (a minor), Re*, [1975] 1 All E.R. 697; *D (a minor), Re*, [1976] 1 All E.R. 326; *Eberhardy, Matter of*, 307 N.W.2d 881 (Wis. 1981); *Grady, In re*, 426 A.2d 467 (N.J. 1981); *Hayes' Guardianship,*

Matter of, 608 P.2d 635 (Wash. 1980); **referred to:** *Cary v. Bertie* (1696), 2 Vern. 333, 23 E.R. 814; *Morgan v. Dillon* (Ire.) (1724), 9 Mod. R. 135, 88 E.R. 361; *Beall v. Smith* (1873), L.R. 9 Ch. 85; *Beverley's Case* (1603), 4 Co. Rep. 123 b, 76 E.R. 1118; *Wellesley v. Duke of Beaufort* (1827), 2 Russ. 1, 38 E.R. 236; *Wellesley v. Wellesley* (1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078; *Beson v. Director of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 S.C.R. 716; *Re S. v. McC (orse. S.) and M*; *W. v. W.*, [1972] A.C. 24; *P (a Minor), In re* (1981), 80 L.G.R. 301; *B (a minor), Re* (1982), 3 F.L.R. 117; *K and Public Trustee, Re* (1985), 19 D.L.R. (4th) 255; *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927); *Tulley, Guardianship of*, App., 146 Cal.Rptr. 266 (1978); *Hudson v. Hudson*, 373 So.2d 310 (Ala. 1979); *Eberhardy's Guardianship, Matter of*, 294 N.W.2d 540 (Wis. 1980); *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978); *C.D.M., Matter of*, 627 P.2d 607 (Alaska 1981); *A. W., Matter of*, 637 P.2d 366 (Colo. 1981); *Terwilliger, Matter of*, 450 A.2d 1376 (Pa. 1982); *Wentzel v. Montgomery General Hospital, Inc.*, 447 A.2d 1244 (Md. 1982); *Moe, Matter of*, 432 N.E.2d 712 (Mass. 1982); *P.S. by Harbin v. W.S.*, 452 N.E.2d 969 (Ind. 1983); *Sallmaier, Matter of*, 378 N.Y.S.2d 989 (1976); *A. D., Application of*, 394 N.Y.S.2d 139 (1977); *Penny N., In re*, 414 A.2d 541 (N.H. 1980); *Quinlan, Matter of*, 355 A.2d 647 (N.J. 1976); *J. v. C.*, [1970] A.C. 668; *Strunk v. Strunk*, 445 S.W.2d 145 (Ky. 1969).

Matter of, 608 P.2d 635 (Wash. 1980); **arrêts mentionnés:** *Cary v. Bertie* (1696), 2 Vern. 333, 23 E.R. 814; *Morgan v. Dillon* (Ire.) (1724), 9 Mod. R. 135, 88 E.R. 361; *Beall v. Smith* (1873), L.R. 9 Ch. 85; *Beverley's Case* (1603), 4 Co. Rep. 123 b, 76 E.R. 1118; *Wellesley v. Duke of Beaufort* (1827), 2 Russ. 1, 38 E.R. 236; *Wellesley v. Wellesley* (1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078; *Beson c. Director of Child Welfare (T.-N.)*, [1982] 2 R.C.S. 716; *Re S. v. McC (orse. S.) and M*; *W. v. W.*, [1972] A.C. 24; *P (a Minor), In re* (1981), 80 L.G.R. 301; *B (a minor), Re* (1982), 3 F.L.R. 117; *K and Public Trustee, Re* (1985), 19 D.L.R. (4th) 255; *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927); *Tulley, Guardianship of*, App., 146 Cal.Rptr. 266 (1978); *Hudson v. Hudson*, 373 So.2d 310 (Ala. 1979); *Eberhardy's Guardianship, Matter of*, 294 N.W.2d 540 (Wis. 1980); *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978); *C.D.M., Matter of*, 627 P.2d 607 (Alaska 1981); *A. W., Matter of*, 637 P.2d 366 (Colo. 1981); *Terwilliger, Matter of*, 450 A.2d 1376 (Pa. 1982); *Wentzel v. Montgomery General Hospital, Inc.*, 447 A.2d 1244 (Md. 1982); *Moe, Matter of*, 432 N.E.2d 712 (Mass. 1982); *P.S. by Harbin v. W.S.*, 452 N.E.2d 969 (Ind. 1983); *Sallmaier, Matter of*, 378 N.Y.S.2d 989 (1976); *A.D., Application of*, 394 N.Y.S.2d 139 (1977); *Penny N., In re*, 414 A.2d 541 (N.H. 1980); *Quinlan, Matter of*, 355 A.2d 647 (N.J. 1976); *J. v. C.*, [1970] A.C. 668; *Strunk v. Strunk*, 445 S.W.2d 145 (Ky. 1969).

Statutes and Regulations Cited

Act for the Relief of the Suitors of the High Court of Chancery, 15 & 16 Vict., c. 87, s. 15 (U.K.)

Act to authorize the appointment of a Master of the Rolls to the Court of Chancery, and an Assistant Judge of the Supreme Court of Judicature in this Island, 11 Vict., c. 6 (P.E.I.)

Act to provide for the care and maintenance of idiots, lunatics and persons of unsound mind, 15 Vict., c. 36 (P.E.I.)

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 15(1).

Chancery Act, R.S.P.E.I. 1951, c. 21, s. 3.

Chancery Jurisdiction Transfer Act, S.P.E.I. 1974, c. 65, s. 2

Hospitals Act, R.S.P.E.I. 1974, c. H-11, s. 16.

Hospitals Act, "Hospital Management Regulations", R.R.P.E.I., c. H-11, s. 48.

Mental Health Act, R.S.P.E.I. 1974, c. M-9, as amended by S.P.E.I. 1974, c. 65, ss. 2(n), 30A(1), (2), 30B, 30L.

Sexual Sterilization Act, R.S.A. 1970, c. 341, rep. S.A. 1972, c. 87.

Sexual Sterilization Act, R.S.B.C. 1960, c. 353, s. 5(1), rep. S.B.C. 1973, c. 79.

Lois et règlements cités

Act for the Relief of the Suitors of the High Court of Chancery, 15 & 16 Vict., chap. 87, art. 15 (R.-U.)

Act to authorize the appointment of a Master of the Rolls to the Court of Chancery, and an Assistant Judge of the Supreme Court of Judicature in this Island, 11 Vict., chap. 6 (Î.-P.-É.)

Act to provide for the care and maintenance of idiots, lunatics and persons of unsound mind, 15 Vict., chap. 36 (Î.-P.-É.)

Chancery Act, R.S.P.E.I. 1951, chap. 21, art. 3.

Chancery Jurisdiction Transfer Act, S.P.E.I. 1974, chap. 65, art. 2.

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 15(1).

Hospitals Act, R.S.P.E.I. 1974, chap. H-11, art. 16.

Hospitals Act, «Hospital Management Regulations», R.R.P.E.I., chap. H-11, art. 48.

Mental Health Act, R.S.P.E.I. 1974, chap. M-9, mod. par S.P.E.I. 1974, chap. 65, art. 2n), 30A(1), (2), 30B, 30L.

Sexual Sterilization Act, R.S.A. 1970, chap. 341, abr. S.A. 1972, chap. 87.

Sexual Sterilization Act, R.S.B.C. 1960, chap. 353, art. 5(1), abr. S.B.C. 1973, chap. 79.

Authors Cited

Burgdorf, Robert L., Jr., and Marcia Pearce Burgdorf. "The Wicked Witch is Almost Dead: *Buck v. Bell* and the Sterilization of Handicapped Persons," 50 *Temp. L.Q.* 995 (1977).

Canada. Law Reform Commission. *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons* (Working Paper 24). Ottawa: 1979.

Fitzherbert, Sir Anthony. *The new Natura brevium of the most reverend judge, Mr. Anthony Fitz-Herbert.* London: A Strahan and W. Woodfall, law printers to the King, for J. Butterworth, 1794.

Lachance, Denise. "In re *Grady*: The Mentally Retarded Individual's Right to Choose Sterilization," 6 *Am. J.L. & Med.* 559 (1981).

McIvor, Craig L. "Equitable Jurisdiction to Order Sterilizations," 57 *Wash. L.R.* 373 (1982).

McLaughlin, Paul. *Guardianship of the Person.* Downsview, Ont.: National Institute on Mental Retardation, 1979.

Norris, Christina Norton. "Recent Developments—Courts—Scope of Authority—Sterilization of Mental Incompetents," 44 *Tenn. L. Rev.* 879 (1977).

Ross, Deborah Hardin. "Sterilization of the Developmentally Disabled: Shedding Some Myth-Conceptions," 9 *Fla. St. U.L. Rev.* 599 (1981).

Sherlock, Richard K. and Robert D. Sherlock. "Sterilizing the Retarded: Constitutional, Statutory and Policy Alternatives," 60 *N.C.L.Rev.* 943 (1982).

Theobald, Sir Henry Studdy. *The Law Relating to Lunacy.* London: Stevens and Sons Ltd., 1924.

APPEAL from a judgment of the Prince Edward Island Court of Appeal (1980), 27 Nfld. & P.E.I.R. 97, 74 A.P.R. 97, with addendum (1981), 28 Nfld. & P.E.I.R. 359, 97 A.P.R. 359, 115 D.L.R. (3d) 283, allowing an appeal from a judgment of McQuaid J. dismissing an application for consent to the sterilization of a mentally incompetent person. Appeal allowed.

Eugene P. Rossiter, for the appellant.

Walter McEwen, for the respondent.

B. A. Crane, Q.C., for the intervener the Canadian Mental Health Association.

David H. Vickers, Harvey Savage and *S. D. McCallum*, for the intervener the Consumer Advisory Committee of the Canadian Association for the Mentally Retarded.

Doctrine citée

Burgdorf, Robert L., Jr. and Marcia Pearce Burgdorf. «The Wicked Witch is Almost Dead: *Buck v. Bell* and the Sterilization of Handicapped Persons,» 50 *Temp. L.Q.* 995 (1977).

Canada. Commission de réforme du droit. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux* (Document de travail 24). Ottawa: 1979.

Fitzherbert, Sir Anthony. *The new Natura brevium of the most reverend judge, Mr. Anthony Fitz-Herbert.* London: A Strahan and W. Woodfall, law printers to the King, for J. Butterworth, 1794.

Lachance, Denise. «In re *Grady*: The Mentally Retarded Individual's Right to Choose Sterilization,» 6 *Am. J.L. & Med.* 559 (1981).

McIvor, Craig L. «Equitable Jurisdiction to Order Sterilizations,» 57 *Wash. L.R.* 373 (1982).

McLaughlin, Paul. *Guardianship of the Person.* Downsview, Ont.: National Institute on Mental Retardation, 1979.

Norris, Christina Norton. «Recent Developments—Courts—Scope of Authority—Sterilization of Mental Incompetents,» 44 *Tenn. L. Rev.* 879 (1977).

Ross, Deborah Hardin. «Sterilization of the Developmentally Disabled: Shedding Some Myth-Conceptions,» 9 *Fla. St. U.L. Rev.* 599 (1981).

Sherlock, Richard K. and Robert D. Sherlock. "Sterilizing the Retarded: Constitutional, Statutory and Policy Alternatives," 60 *N.C.L.Rev.* 943 (1982).

Theobald, Sir Henry Studdy. *The Law Relating to Lunacy.* London: Stevens and Sons Ltd., 1924.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Île-du-Prince-Édouard (1980), 27 Nfld. & P.E.I.R. 97, 74 A.P.R. 97, avec addenda (1981), 28 Nfld. & P.E.I.R. 359, 97 A.P.R. 359, 115 D.L.R. (3d) 283, qui a accueilli un appel d'un jugement du juge McQuaid qui avait rejeté une demande d'autorisation pour la stérilisation d'une personne atteinte de déficience mentale. Pourvoi accueilli.

Eugene P. Rossiter, pour l'appelante.

Walter McEwen, pour l'intimée.

B. A. Crane, c.r., pour l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale.

David H. Vickers, Harvey Savage et *S. D. McCallum*, pour l'intervenant le Comité consultatif des consommateurs de l'Association canadienne pour les déficients mentaux.

M. Anne Bolton, for the intervener The Public Trustee of Manitoba.

E. A. Bowie, Q.C., and *B. Starkman*, for the intervener the Attorney General of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—These proceedings began with an application by a mother for permission to consent to the sterilization of her mentally retarded daughter who also suffered from a condition that makes it extremely difficult for her to communicate with others. The application was heard by McQuaid J. of the Supreme Court of Prince Edward Island—Family Division. In the interests of privacy, he called the daughter "Eve", and her mother "Mrs. E".

Background

When Eve was a child, she lived with her mother and attended various local schools. When she became twenty-one, her mother sent her to a school for retarted adults in another community. There she stayed with relatives during the week, returning to her mother's home on weekends. At this school, Eve struck up a close friendship with a male student: in fact, they talked of marriage. He too is retarded, though somewhat less so than Eve. However, the situation was identified by the school authorities who talked to the male student and brought the matter to an end.

The situation naturally troubled Mrs. E. Eve was usually under her supervision or that of someone else, but this was not always the case. She was attracted and attractive to men and Mrs. E. feared she might quite possibly and innocently become pregnant. Mrs. E. was concerned about the emotional effect that a pregnancy and subsequent birth might have on her daughter. Eve, she felt, could not adequately cope with the duties of a mother and the responsibility would fall on Mrs. E. This would understandably cause her great difficulty;

M. Anne Bolton, pour l'intervenant le curateur public du Manitoba.

E. A. Bowie, c.r., et *B. Starkman*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—La présente instance a commencé par la demande d'une mère en vue d'obtenir une autorisation pour qu'elle puisse consentir à la stérilisation de sa fille qui est atteinte de déficience mentale et également d'une affection qui ne lui permet pas de communiquer facilement avec les autres. La demande a été entendue par le juge McQuaid de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard—Division de la famille. Dans l'intérêt de la protection de la vie privée, il a donné à la fille le nom d'«Eve» et à sa mère celui de «M^me E.»

Historique

Lorsqu'Eve était une enfant, elle a habité chez sa mère et a fréquenté diverses écoles locales. Quand elle a eu vingt et un ans, sa mère l'a envoyée dans une école pour les adultes atteints de déficience mentale dans une autre ville. La semaine elle habitait chez des parents et retournait chez sa mère la fin de semaine. À cette école, Eve s'est liée d'une grande amitié avec un étudiant; en fait, ils ont parlé de mariage. Il est lui aussi atteint de déficience mentale, mais à un niveau moindre qu'Eve. Toutefois, la direction de l'école s'est rendu compte de la situation, on a parlé à l'étudiant et l'affaire s'est terminée.

Évidemment M^me E. s'est inquiétée de la situation. Eve était habituellement sous sa surveillance ou sous celle de quelqu'un d'autre mais ce n'était pas toujours le cas. Elle était attirée par les hommes et était attirante pour ceux-ci, c'est pourquoi M^me E. craignait qu'elle puisse, en toute innocence, devenir enceinte. M^me E. se préoccupait des conséquences émotionnelles que pourraient avoir une grossesse et la naissance d'un enfant pour sa fille. À son avis, Eve ne pouvait pas assumer de manière adéquate les responsabilités d'une mère et que c'est elle qui devrait le faire. Il va sans dire que cela lui causerait de graves diffi-

she is a widow and was then approaching sixty. That is why she decided Eve should be sterilized.

Eve's condition is more fully described by McQuaid J. as follows:

The evidence established that Eve is 24 years of age, and suffers what is described as extreme expressive aphasia. She is unquestionably at least mildly to moderately retarded. She has some learning skills, but only to a limited level. She is described as being a pleasant and affectionate person who, physically, is an adult person, quite capable of being attracted to, as well as attractive to, the opposite sex. While she might be able to carry out the mechanical duties of a mother, under supervision, she is incapable of being a mother in any other sense. Apart from being able to recognize the fact of a family unit, as consisting of a father, a mother, and children residing in the same home, she would have no concept of the idea of marriage, or indeed, the consequential relationship between, intercourse, pregnancy and birth.

Expressive aphasia was described as a condition in which the patient is unable to communicate outwardly thoughts or concepts which she might have perceived. Particularly in the case of a person suffering from any degree of retardation, the result is that even an expert such as a psychiatrist is unable to determine with any degree of certainty if, in fact, those thoughts or concepts have actually been perceived, or whether understanding of them does exist. Little appears to be known of the cause of this condition, and even less of its remedy. In the case of Eve, this condition has been diagnosed as extreme.

From the evidence, he further concluded:

[t]hat Eve is not capable of informed consent, that her moderate retardation is generally stable, that her condition is probably non-inheritable, that she is incapable of effective alternative means of contraception, that the psychological or emotional effect of the proposed operation would probably be minimal, and that the probable incidence of pregnancy is impossible to predict.

The Courts Below

Mrs. E. wanted to be sure she had a right to consent to the sterilization of Eve, so she applied to McQuaid J. for the following remedies:

cultés; elle est veuve et, à ce moment-là, elle avait près de soixante ans. C'est pourquoi elle a décidé qu'Eve devrait être stérilisée.

L'état d'Eve est décrit d'une manière plus précise par le juge McQuaid de la manière suivante:

[TRADUCTION] Il ressort de la preuve qu'Eve est âgée de 24 ans et souffre de ce qui est décrit comme de l'aphasie expressive extrême. Incontestablement elle est à tout le moins de légèrement à modérément arriérée. Elle possède certaines aptitudes d'apprentissage mais seulement à un niveau limité. On la décrit comme une personne plaisante et affectueuse qui, physiquement, est adulte et tout à fait capable d'être attirée par une personne du sexe opposé tout en étant attirante pour celle-ci. Bien qu'elle soit peut-être en mesure de remplir les tâches mécaniques d'une mère sous surveillance, elle est incapable d'être une mère dans tout autre sens. Même si elle peut reconnaître l'existence d'une unité familiale, constituée du père, de la mère et des enfants résidant dans le même foyer, elle n'aurait aucune idée de ce que représente le mariage ou, en fait, du rapport corrélatif entre les rapports sexuels, la grossesse et la naissance.

L'aphasie expressive est décrite comme un état dans lequel le patient est incapable de communiquer les pensées ou les concepts qu'il pourrait avoir perçus. Particulièrement dans le cas d'une personne qui est atteinte de déficience mentale à un certain degré, même un expert comme un psychiatre est incapable de déterminer avec un certain degré de certitude si, en fait, ces pensées ou concepts ont réellement été perçus ou s'ils ont été compris. On ne sait pas grand-chose de la cause de cet état et même encore moins de son remède. Dans le cas d'Eve, cet état a été diagnostiqué comme étant extrême.

D'après la preuve il a en outre conclu:

[TRADUCTION] qu'Eve n'est pas capable de donner un consentement éclairé, que sa déficience mentale modérée est généralement stable, que son état n'est probablement pas transmissible à ses descendants, qu'elle est incapable d'adopter d'autres moyens efficaces de contraception, que les conséquences psychologiques ou émotionnelles de l'opération qui est proposée seraient probablement minimes et que la possibilité d'une grossesse est impossible à prévoir.

Les tribunaux d'instance inférieure

Comme M^me^ E. voulait être certaine qu'elle avait le droit de consentir à la stérilisation d'Eve, elle a demandé au juge McQuaid les redressements suivants:

(a) that Eve be declared a mentally incompetent pursuant to the provisions of the *Mental Health Act*;

(b) that Mrs. E. be appointed the committee of the person of Eve;

(c) that Mrs. E. be authorized to consent to a tubal ligation operation being performed on Eve.

McQuaid J. saw no problem regarding the first two remedies. These in his view were simply a prelude to the third, on which he concentrated, i.e., the authorization to consent to a tubal ligation operation on Eve. He noted that every surgical procedure requires the prior consent of the patient or someone lawfully authorized on her behalf; otherwise it constitutes battery. Though he thought a parent or a committee could give a valid consent for any strictly therapeutic procedure on behalf of a retarded person, in his view deeper issues arose where the procedure was only marginally therapeutic or, as in the present case, strictly contraceptive and specifically one of sterilization. It would deprive Eve of the possible fulfilment of the great privilege of giving birth, a result that should cause a court to act with scrupulous caution even though Eve might not be able to understand or fully appreciate this.

Having reviewed the Canadian and English case law and found no governing authorities, McQuaid J. considered whether the court should, in the exercise of its *parens patriae* jurisdiction, intervene on behalf of Eve. He had no doubt that the court could authorize a surgical procedure necessary to health even though a side-effect might be sterilization, and he postulated that it could also do so where the public interest clearly required it, though he found it difficult to come up with an example. However, McQuaid J. was of the view that Eve, like other individuals, was entitled to the inviolability of her person, a right that superseded her right to be protected from pregnancy. That this might result in inconvenience and even hardship to others was irrelevant. The law must protect

[TRADUCTION]

a) qu'Eve soit déclarée atteinte de déficience mentale aux termes des dispositions de la *Mental Health Act*;

b) que M^me E. soit nommée curatrice à la personne d'Eve;

c) que M^me E. soit autorisée à consentir à ce que l'opération de ligature des trompes soit exécutée sur Eve.

Le juge McQuaid n'a vu aucun problème en ce qui a trait aux deux premiers redressements. À son avis, ceux-ci constituaient simplement un prélude au troisième, sur lequel il s'est concentré, c'est-à-dire l'autorisation de consentir à l'opération de ligature des trompes sur Eve. Il a souligné que toute opération chirurgicale exige le consentement préalable du patient ou d'une personne légalement autorisée en son nom; autrement il s'agit de voies de fait. Bien qu'il croie qu'un parent ou un tuteur puisse donner un consentement valide en ce qui concerne tout acte strictement thérapeutique pour le compte d'une personne atteinte de déficience mentale, à son avis des questions plus délicates se posent lorsque l'acte n'est que marginalement thérapeutique ou, comme en l'espèce, strictement de nature contraceptive et précisément de stérilisation. Une telle opération priverait Eve de la réalisation éventuelle du grand privilège de donner la vie, ce qui doit amener un tribunal à agir avec une grande prudence même si Eve peut ne pas être en mesure de le comprendre ou de l'apprécier complètement.

Après avoir passé en revue la jurisprudence canadienne et anglaise et n'avoir trouvé aucun précédent, le juge McQuaid s'est demandé si le tribunal devait, dans l'exercice de sa compétence *parens patriae*, intervenir au nom d'Eve. Il était certain que la cour pouvait autoriser une opération chirurgicale nécessaire pour la santé même si la stérilisation pouvait en être un effet secondaire et a posé comme principe qu'elle pouvait également le faire lorsque l'intérêt public l'exigeait clairement, bien qu'il eût jugé difficile de trouver un exemple. Toutefois, le juge McQuaid a exprimé l'avis qu'Eve, comme d'autres individus, avait le droit à l'inviolabilité de sa personne, un droit qui passe avant son droit d'être protégée contre la grossesse. Il n'était pas pertinent que cette situation pût

those who are unable to protect themselves, it must ensure the protection of the higher right. He, therefore, concluded that the court had no authority or jurisdiction to authorize a surgical procedure on a mentally retarded person, the intent and purpose of which was solely contraceptive. It followed that, except for clinically therapeutic reasons, parents or other similarly situated could not give a valid consent to such a surgical procedure either, at least in the absence of clear and unequivocal statutory authority. He, therefore, denied the application.

An appeal to the Supreme Court of Prince Edward Island, *in banco*, was launched, and an order was then made appointing the Official Trustee as Guardian *ad litem* for Eve. The appeal was allowed. The general view of the court is set forth in an *addendum* to its notes of judgment as follows:

> In rendering judgment in this matter, we are unanimously of the opinion that the Court has, in proper circumstances, the authority and jurisdiction to authorize the sterilization of a mentally incompetent person for non-therapeutic reasons. The jurisdiction of the Court originates from its parens patriae powers towards individuals who are unable to look after themselves and gives the Court authority to make the individual a ward of the Court.

The court, however, differed on the evidence. A majority (Large and Campbell JJ.) was of the view, MacDonald J. dissenting, that there was sufficient evidence to warrant the sterilization of Eve. The court, therefore, ordered that:

(a) "Eve" be appointed a ward of the Court pursuant to the parens patriae jurisdiction for the sole purpose of facilitating and authorizing her sterilization;
(b) the Court authorizes the sterilization of "Eve" by a competent medical practitioner;
(c) the Court reserves its approval of the method of sterilization to be followed pending further submissions of counsel as to the medically preferred surgical procedure.

entraîner des inconvénients, voire même des souffrances pour les autres. Le droit doit protéger ceux qui sont incapables de se protéger eux-mêmes; il doit assurer la protection de l'intérêt supérieur. Il a par conséquent conclu que la cour n'avait ni le pouvoir ni la compétence d'autoriser une opération chirurgicale uniquement à des fins de contraception sur une personne atteinte de déficience mentale. Il s'ensuit que, sauf pour des raisons cliniquement thérapeutiques, les parents ou d'autres personnes dans une position semblable ne pourraient pas non plus donner un consentement valide à une telle opération chirurgicale, du moins en l'absence d'un pouvoir clair et non équivoque accordé par la loi. Il a donc rejeté la demande.

Appel a été interjeté à la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, *in banco*, et une ordonnance a alors été rendue nommant le curateur public à titre de tuteur d'instance d'Eve. L'appel a été accueilli. L'opinion générale de la cour est énoncée dans un addenda à ses motifs de jugement de la manière suivante:

> [TRADUCTION] En rendant le jugement sur cette question, nous sommes d'avis, à l'unanimité, que la Cour a, dans les circonstances appropriées, le pouvoir et la compétence d'autoriser la stérilisation pour des raisons non thérapeutiques d'une personne atteinte de déficience mentale. La compétence de la Cour découle de son pouvoir à titre de *parens patriae* à l'égard des personnes qui sont incapables de s'occuper d'elles-mêmes et cette compétence lui donne le pouvoir de faire en sorte que cette personne devienne la pupille de la Cour.

Toutefois, tous les membres de la cour n'ont pas analysé la preuve de la même façon . Les juges de la majorité (les juges Large et Campbell) ont été d'avis, le juge MacDonald étant dissident, qu'il y avait suffisamment d'éléments de preuve pour justifier la stérilisation d'Eve. Par conséquent la cour a ordonné que:

[TRADUCTION]

a) «Eve» soit nommée pupille de la Cour en application de la compétence *parens patriae* dans le seul but de faciliter et d'autoriser sa stérilisation;
b) la Cour autorise la stérilisation d'«Eve» par un médecin compétent;
c) la Cour réserve son approbation à l'égard de la méthode de stérilisation en attendant d'autres arguments des avocats sur la procédure chirurgicale indiquée sur le plan médical.

Though the members of the court shared the general view already set forth, there were nonetheless significant differences in their approaches, particularly between that of MacDonald J. and those of the other two judges. To begin with, MacDonald J. took the position that since McQuaid J. had not dealt with the first two grounds in the application, the appeal was only as to the third ground. MacDonald J. expressed considerable doubt about the application of the *Mental Health Act*, and he added that if it did not apply, this raised questions about the burden and standard of proof the court should place on those seeking substituted consent. He, therefore, felt it would be improper for the court to address any other issue than the one strictly before it, especially when that issue was as fundamental as informed consent.

Bien que les membres de la cour aient partagé l'opinion générale déjà énoncée, leurs façons d'aborder la question comportent néanmoins des différences importantes, particulièrement entre celles du juge MacDonald et celles des deux autres juges. Tout d'abord, le juge MacDonald a estimé que, puisque le juge McQuaid n'avait pas traité des deux premiers moyens dans la demande, l'appel ne portait que sur le troisième moyen. Le juge MacDonald a exprimé des doutes sérieux à l'égard de l'application de la *Mental Health Act* et il a ajouté que si elle ne s'appliquait pas, cela soulevait des questions sur le fardeau et la norme de preuve que doit imposer la cour à ceux qui demandent une substitution de consentement. Il était donc d'avis que la cour ne pouvait examiner aucune autre question que celle qui lui était strictement présentée, particulièrement lorsque cette question est aussi fondamentale que le consentement éclairé.

In particular, MacDonald J. was concerned with the fact that no one had appeared on behalf of Eve at the hearing of the application although the judge had requested that a department of the government do so. Counsel for the provincial Department of Justice had been present, it is true, but his role was unclear, and MacDonald J. felt that McQuaid J. would not have readily reached some of his conclusions had Eve been represented. He thus felt the sole question the court could deal with was whether the court appealed from had authority or jurisdiction to authorize a contraceptive sterilization on a mentally retarded person.

En particulier, le juge MacDonald s'est inquiété du fait que personne n'a comparu pour le compte d'Eve à l'audition de la demande bien que le juge ait demandé qu'un ministère du gouvernement le fasse. L'avocat du ministère de la Justice provincial était présent, il est vrai, mais son rôle n'était pas clair et le juge MacDonald a été d'avis que le juge McQuaid ne serait pas parvenu aussi rapidement à certaines de ses conclusions si Eve avait été représentée. Il a donc estimé que la seule question que la cour pouvait examiner était celle de savoir si le tribunal de première instance avait le pouvoir ou la compétence d'autoriser qu'une personne atteinte de déficience mentale soit stérilisée à des fins de contraception.

To that question, we saw, he replied in the affirmative, but only on a very narrow basis. In his view, the court's jurisdiction was limited to protecting those who are unable to protect themselves. In the case of therapeutic treatment, a parent or guardian could give the required consent and in default the court could intervene under its power as *parens patriae*. But when a non-therapeutic operation was involved, the court must determine whether allowing or disallowing it would best protect the individual.

Nous avons vu qu'il a répondu à cette question par l'affirmative, mais seulement sur un fondement très limité. À son avis, la compétence de la cour se limite à la protection de ceux qui sont incapables de se protéger eux-mêmes. Dans le cas d'un traitement thérapeutique, un parent ou un tuteur pourrait donner le consentement exigé et, à défaut de quoi, la cour pourrait intervenir en vertu de sa compétence de *parens patriae*. Toutefois dans le cas d'une opération non thérapeutique, la cour doit déterminer si autoriser ou refuser l'opération protégerait mieux la personne.

In MacDonald J.'s view, a court has authority to authorize the contraceptive sterilization of a mentally retarded person but only in exceptional cases. While he found it extremely difficult to conceive of sterilization as protective rather than violative, he felt it would be inappropriate to state as a binding rule that the court would never authorize sterilization for non-therapeutic purposes. If a court did so, however, it must act with extreme caution lest it open the way to abuse. Accordingly he set forth a number of criteria that must be followed in dealing with an application for the purpose. Some of these, he concluded, (in particular, the requirement that the individual proposed to be sterilized must be represented by counsel competent to deal with the medical, social, legal and ethical issues involved) had not been followed in the present case.

Campbell J. took a broader view of the court's powers. The court, he thought, could exercise its parental jurisdiction by making the individual in question its ward. It was possible that the court had implied authority to bring a person within the ambit of the *parens patriae* jurisdiction by its own order, but the *Mental Health Act* provided an adequate statutory base.

The *parens patriae* jurisdiction must, he stated, be exercised solely for the benefit of the mentally retarded person. Each case demanded an objective but compassionate assessment of all relevant facts and circumstances. It could not, in his view, be stated as a rule of law that the inviolability of the person supersedes the right to be protected from pregnancy. That conclusion, he felt, could only be reached by a consideration of the particular circumstances.

In Eve's case, Campbell J. held, the real and genuine object of the proposed sterilization was her protection. There was no overriding public interest against it. And there was a likelihood of substantial injury to her if the operation was not performed. In his view, that injury must be

Selon le juge MacDonald, un tribunal est compétent pour autoriser qu'une personne atteinte de déficience mentale soit stérilisée à des fins de contraception, mais seulement dans des cas exceptionnels. Bien qu'il ait trouvé extrêmement difficile de concevoir la stérilisation comme une mesure de protection plutôt qu'une atteinte à l'intégrité de la personne, il a estimé qu'il ne serait pas approprié d'établir de façon péremptoire que la cour n'autoriserait jamais la stérilisation à des fins non thérapeutiques. Toutefois, si un tribunal le faisait, il devrait agir avec une très grande prudence, de crainte que cela n'ouvre la voie à des abus. Par conséquent, il a énoncé un certain nombre de critères qui doivent être suivis lorsqu'il s'agit de traiter d'une demande à cette fin. Il a conclu que certains d'entre eux (en particulier l'exigence selon laquelle la personne dont on propose la stérilisation doit être représentée par un avocat compétent pour traiter des questions médicales, sociales, juridiques et de déontologie qui sont en jeu) n'ont pas été appliqués en l'espèce.

Le juge Campbell a adopté une vue plus large à l'égard des pouvoirs de la cour. À son avis, la cour pouvait exercer sa compétence parentale en déclarant que la personne en question est sa pupille. Il était possible que, de son propre chef, la cour eût le pouvoir implicite d'inclure une personne dans le champs de la compétence *parens patriae*, mais la *Mental Health Act* constituait un fondement législatif adéquat.

Il a déclaré que la compétence *parens patriae* ne doit être exercée qu'à l'avantage du déficient mental. Dans chaque cas il faut procéder à une évaluation objective mais compatissante de tous les faits et circonstances pertinents. À son avis, on ne pouvait ériger en règle de droit que l'inviolabilité de la personne prévaut sur le droit d'être protégé contre la grossesse. Il a estimé qu'on ne pouvait parvenir à cette conclusion qu'en examinant les circonstances particulières.

Dans le cas d'Eve, le juge Campbell a conclu que la stérilisation proposée avait réellement et véritablement pour objet de la protéger. Il n'y avait aucun intérêt public prépondérant contre cet objectif. Il était également vraisemblable qu'elle subirait un préjudice important si l'opération

assessed in its social, mental, physical and economic contexts. In the absence of permanent sterilization, the protected environment Eve enjoyed would become a guarded environment. This would deprive her of social options and relative freedom.

Large J. agreed with Campbell J. that the court could exercise its parental jurisdiction through a committee appointed under the *Mental Health Act*. He also agreed with him on the substituted consent issue, but appears to have gone further. After reviewing the record, he commented:

> In this unfortunate case I am unable to see how a choice between a chance pregnancy and the tubal ligation which is recommended by "Eve's" medical advisers poses any problem. I believe that the decision is first to be made by the doctor and then by the committee. I do not consider that the Courts should be concerned in each case of medical treatment or surgery which may arise in the future and would direct that "Eve's" doctor and her committee, when appointed, should be free to make a choice of whatever medical or surgical intervention is considered best for "Eve's" welfare.

The court, it will be remembered, had in its original order reserved its approval of the method of sterilization to be followed. After further representations, it later ordered that the method of sterilization be by way of a hysterectomy.

Leave to appeal to this Court was then granted to Eve's Guardian *ad litem* by the Prince Edward Island Supreme Court, Appeal Division. Subsequently this Court granted intervener status to the Consumer Advisory Committee of the Canadian Association for the Mentally Retarded, The Public Trustee of Manitoba, the Canadian Mental Health Association, and the Attorney General of Canada.

The Issues on this Appeal

The major issues raised in this appeal are substantially as follows:

1. Is there relevant provincial legislation that gives a court jurisdiction to appoint a committee?

n'était pas effectuée. À son avis, ce préjudice devait être évalué selon un contexte social, mental, physique et économique. À défaut d'une stérilisation permanente, l'environnement protégé dont Eve jouissait deviendrait un environnement gardé. Une telle situation la priverait de choix sociaux et d'une liberté relative.

Le juge Large a convenu avec le juge Campbell que la cour pouvait exercer sa compétence parentale par l'entremise d'un curateur nommé aux termes de la *Mental Health Act*. Il a également partagé son avis sur la question de substitution de consentement, mais il paraît être allé plus loin. Après avoir examiné le dossier, il a fait remarquer:

> [TRADUCTION] Dans ce cas malheureux, je ne peux voir en quoi un choix entre le risque d'une grossesse et la ligature des trompes qui est recommandée par les conseillers médicaux d'«Eve» pose un problème. Je crois que la décision doit d'abord être prise par le médecin et ensuite par le curateur. Je ne considère pas que les tribunaux devraient s'inquiéter de chaque cas de traitement médical ou chirurgical qui pourra se présenter à l'avenir et je suis d'avis d'ordonner que le médecin d'«Eve» et son curateur, lorsqu'il sera nommé, soient libres de choisir l'intervention médicale et chirurgicale considérée la meilleure pour le bien-être d'«Eve».

On se souviendra que la cour avait, dans sa première ordonnance, réservé son approbation de la méthode de stérilisation qui devrait être suivie. Après d'autres plaidoiries, elle a par la suite ordonné que la stérilisation se fasse par une hystérectomie.

La Division d'appel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a accordé au tuteur d'instance d'Eve l'autorisation de se pourvoir en cette Cour. Par la suite cette Cour a accordé le statut d'intervenants au Comité consultatif des consommateurs de l'Association canadienne pour les déficients mentaux, au curateur public du Manitoba, à l'Association canadienne pour la santé mentale et au procureur général du Canada.

Les questions en litige

Les principales questions soulevées dans le présent pourvoi sont en substance les suivantes:

1. Y a-t-il des textes législatifs provinciaux applicables qui accordent à un tribunal le

tee vested with the power to consent to or authorize surgical procedures for contraceptive purposes on an adult who is mentally incompetent?

2. In the absence of statutory authority, does the court's *parens patriae* jurisdiction allow the court to consent to the sterilization of an adult who is mentally incompetent?
3. What is the appropriate standard of proof to be applied in a case where an application is made to the court for its substituted consent to a non-therapeutic procedure on behalf of a mentally incompetent adult? Upon whom is the onus of proof?
4. If the court has jurisdiction to provide substituted consent for a non-therapeutic procedure on behalf of a mentally incompetent adult, did the Supreme Court of Prince Edward Island, *in banco*, properly exercise its jurisdiction in granting an order authorizing the sterilization of Eve?
5. Does the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* protect an individual against sterilization without that individual's consent?
6. If the *Charter* provides such protection, when will it permit the non-therapeutic sterilization of a mentally incompetent who is incapable of giving consent?
7. Does the *Charter* give an individual the right to choose not to procreate, and if so does the court have jurisdiction to make that choice on behalf of an individual who is unable to do so?

pouvoir de nommer un curateur investi du pouvoir de permettre ou d'autoriser des interventions chirurgicales à des fins de contraception sur un adulte qui est atteint de déficience mentale?

2. En l'absence de pouvoir accordé par la loi, la compétence *parens patriae* du tribunal lui permet-elle d'autoriser la stérilisation d'un adulte atteint de déficience mentale?
3. Quelle norme de preuve doit être appliquée dans une demande adressée à un tribunal pour qu'il consente à une intervention thérapeutique au nom d'un adulte atteint de déficience mentale? À qui incombe le fardeau de la preuve?
4. Si le tribunal a le pouvoir de consentir à une intervention thérapeutique au nom d'un adulte atteint de déficience mentale, la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard, *in banco*, a-t-elle bien exercé sa compétence en accordant une ordonnance autorisant la stérilisation d'Eve?
5. La *Charte canadienne des droits et libertés* protège-t-elle une personne contre la stérilisation sans son consentement?
6. Si la *Charte* accorde cette protection, quand permettra-t-elle la stérilisation non thérapeutique d'un déficient mental qui est incapable de donner son consentement?
7. La *Charte* donne-t-elle à une personne le droit de choisir de ne pas procréer et, dans l'affirmative, le tribunal a-t-il le pouvoir de faire ce choix au nom d'une personne qui n'est pas capable de le faire?

General Considerations

Before entering into a consideration of the specific issues before this Court, it may be useful to restate the general issue briefly. The Court is asked to consent, on behalf of Eve, to sterilization since she, though an adult, is unable to do so herself. Sterilization by means of a tubal ligation is usually irreversible. And hysterectomy, the operation authorized by the Appeal Division, is not only irreversible; it is major surgery. Eve's sterilization is not being sought to treat any medical condition. Its purposes are admittedly non-therapeutic. One

Considérations d'ordre général

Avant d'examiner les questions précises soumises à cette Cour, il peut être utile de reformuler brièvement la question générale. On demande à la Cour de consentir à la stérilisation au nom d'Eve puisqu'elle est incapable de le faire elle-même quoiqu'elle soit adulte. La stérilisation par ligature des trompes est habituellement irréversible. Quant à l'hystérectomie, l'opération autorisée par la Division d'appel, elle est non seulement irréversible, mais il s'agit d'une intervention chirurgicale majeure. On ne cherche pas à obtenir la stérilisa-

such purpose is to deprive Eve of the capacity to become pregnant so as to save her from the possible trauma of giving birth and from the resultant obligations of a parent, a task the evidence indicates she is not capable of fulfilling. As to this, it should be noted that there is no evidence that giving birth would be more difficult for Eve than for any other woman. A second purpose of the sterilization is to relieve Mrs. E. of anxiety about the possibility of Eve's becoming pregnant and of having to care for any child Eve might bear.

Does the Court have Statutory Jurisdiction?

On the application and in the Appeal Division, reliance was placed on certain provisions of the *Mental Health Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. M-9, as amended by [the *Chancery Jurisdiction Transfer Act*] S.P.E.I. 1974, c. 65. These provisions read as follows:

2. (n) "person in need of guardianship" means a person

(i) in whom there is a condition of arrested or incomplete development of mind, whether arising from inherent causes or induced by disease or injury, or

(ii) who is suffering from such a disorder of the mind, that he requires care, supervision and control for his protection and the protection of his property.

30 A (1) When a person in need of guardianship is possessed of goods and chattels, lands and tenements or rights or credits, the Supreme Court may on petition, stating the name, age and residence of the person therein alleged to be a person in need of guardianship, setting forth generally the real and personal estate, rights and credits of and belonging to that person, so far as they are known to the petitioner and the value thereof, and verified by the affidavit of the petitioner or some other credible person or persons, order that person so alleged to be a person in need of guardianship to be examined by two competent medical men, to ascertain his state of mind and capability of managing his affairs,

tion d'Eve pour traiter une maladie. De l'aveu général le but de l'opération n'est pas thérapeutique. Elle a pour but de priver Eve de la possibilité de devenir enceinte de manière à la préserver du traumatisme possible de l'accouchement et des obligations parentales qui en résultent, une tâche que, selon les éléments de preuve, elle n'est pas en mesure de remplir. À cet égard, il convient de souligner qu'il n'y a aucun élément de preuve selon lequel l'accouchement serait plus difficile pour Eve que pour les autres femmes. Le second but de la stérilisation est d'enlever à M^me E. la crainte qu'Eve puisse devenir enceinte et qu'elle ait à s'occuper de l'enfant auquel Eve pourrait donner naissance.

La Cour a-t-elle compétence en vertu de la loi?

À l'occasion de la demande et devant la Division d'appel, on s'est fondé sur certaines dispositions de la *Mental Health Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. M-9, modifiée par [la *Chancery Jurisdiction Transfer Act*] S.P.E.I. 1974, chap. 65. Ces dispositions sont les suivantes:

[TRADUCTION]

2. n) «personne devant être placée sous tutelle» désigne une personne

(i) dont le développement mental est arrêté ou incomplet, en raison de causes inhérentes, d'une maladie ou d'une blessure, ou

(ii) qui souffre de troubles mentaux l'obligeant à recevoir des soins, à être sous surveillance et sous contrôle pour sa protection et celle de ses biens.

30 A (1) Lorsqu'une personne devant être placée sous tutelle possède des biens et effets, des biens-fonds et des immeubles de rapport ou des droits ou créances, la Cour suprême peut, sur requête énonçant le nom, l'âge et la résidence de la personne dont on demande la mise sous tutelle, énumérant d'une manière générale les biens meubles et immeubles, les droits et créances et propriétés de cette personne, dans la mesure où ils sont connus par le requérant, et leur valeur, attestée par l'affidavit du requérant ou de toute autre personne digne de foi, ordonner que cette personne dont on demande la mise sous tutelle soit examinée par deux médecins compétents pour vérifier son état mental et

and the medical men shall certify their opinion thereon.

(2) If by the certificate of two medical men issued pursuant to subsection (1) it appears to the satisfaction of the Supreme Court that the person is a person in need of guardianship and incapable of managing his affairs, and that under the circumstances it would be for his benefit that the custody of his person and the management of his estate should be committed to some other person, the Supreme Court may make an order appointing some fit and proper person to be a committee of the person and estate of the person in need of guardianship and if necessary direct such allowance to be made out of the estate for the maintenance and medical treatment of the person in need of guardianship as it deems proper, and the committee shall give security by way of bond or recognizance with such sureties and in such form as the Supreme Court shall direct conditioned for the faithful performance of his duties as the committee.

30 B Every order made under subsection (2) of section 30A for the appointment of a committee has the effect of vesting the person and estate of the person in need of guardianship in the committee in the same manner as a grant to the committee of the person and estate of a lunatic made by and under the order and direction of the Lord Chancellor of England would have done at the time of the passing of the Act 15 Victoria, Chapter 36; but when the fact the person being a person in need of guardianship is doubtful, the Supreme Court, before making the order, hold an inquiry in order that the state of the person's mind may be ascertained and until the completion of the inquiry may make such provisional order respecting the person and estate of the alleged person in need of guardianship as may seem necessary.

30 L Every act done by the committee of the estate of a person in need of guardianship under and by virtue of this Act, and every order of the Supreme Court are as valid and binding against the person in need of guardianship and all persons claiming by, from or under him, as if the person so being a person in need of guardianship had been in his sound mind and had personally done such act.

sa capacité de gérer ses affaires et les médecins doivent certifier leur opinion.

(2) Si d'après le certificat de deux médecins délivré aux termes du paragraphe (1), la Cour suprême est convaincue que la personne doit être placée sous tutelle et est incapable de gérer ses affaires et que, compte tenu des circonstances, il serait à son avantage que la garde de sa personne et la gestion de ses biens soient confiées à une autre personne, la Cour suprême peut rendre une ordonnance nommant une personne apte et appropriée curateur à la personne et aux biens et, si nécessaire, ordonner qu'un montant qu'elle juge approprié soit prélevé sur biens de la personne devant être placée sous tutelle pour son entretien et ses traitements médicaux et le curateur doit donner une garantie au moyen d'une caution ou d'une reconnaissance selon la formule que la Cour suprême ordonne pour assurer la bonne exécution de ses fonctions.

30 B Toute ordonnance rendue aux termes du paragraphe (2) de l'article 30A prévoyant la nomination d'un curateur a pour effet de confier au curateur la personne devant être placée sous tutelle et ses biens de la même manière que le faisait la constitution d'un curateur à la personne et aux biens d'un aliéné aux termes de l'ordonnance et des directives du lord chancelier d'Angleterre au moment de l'adoption de la Loi 15 Victoria, chapitre 36; toutefois s'il y a un doute qu'une personne doive être placée sous tutelle, la Cour suprême, avant de rendre l'ordonnance, mène une enquête pour vérifier la santé mentale de cette personne et, pendant le cours de l'enquête, elle peut rendre les ordonnances provisoires qu'elle juge nécessaires concernant la personne en question et ses biens.

30 L Tout acte accompli par le curateur aux biens d'une personne devant être placée sous tutelle aux termes de la présente loi et toute ordonnance de la Cour suprême sont valides et obligatoires contre la personne devant être placée sous tutelle et toute personne qui réclame en son nom, comme ils le seraient si ladite personne devant être placée sous tutelle avait été saine d'esprit et avait personnellement accompli cet acte.

The Act, as can be seen, provides a procedure for determining whether persons are in need of guardianship as defined in s. 2(n). It also gives certain powers over such persons, or at least their property, to a committee. However, it is by no means clear that the Act applies to Eve. The opening words of s. 30A(1), which provides for the psychiatric assessment of a person alleged to be in need of guardianship, at first sight at least, appear to be directed solely to persons in need of guardianship who are also possessed of property. Taken by itself, then, s. 30A(1) gives the impression that it is aimed at the management of an incompetent person's estate. Nothing in the evidence indicates that Eve has any property.

Section 30A(2), however, empowers the court to appoint a committee of the person as well as of the estate of a person in need of guardianship. It does not, however, expressly empower it to authorize any medical procedure, but only to make allowances from the person's estate for maintenance and medical treatment. It may impliedly empower the court to authorize medical treatment by its grant of custody, but any such implication would have to be read in light of the fact that the court's power to make an allowance for medical purposes does not extend to all medical procedures, but only to medical treatment. Eve, we have seen, is not being treated for any medical condition. The sole purpose for her proposed sterilization is non-therapeutic.

Even assuming, therefore, that these provisions apply to a person who has no property, and that they confer powers beyond property management, including an implied power in a committee to authorize medical treatment, matters that are by no means free from doubt, it would take much stronger language to persuade me that they empower a committee to authorize the sterilization of an individual for non-therapeutic purposes.

Finally, s. 30B provides that a committee appointed under s. 30A(2) has the effect of vesting the person and estate of the person in need of guardianship in the committee in the same manner

La Loi, comme on peut le constater, prévoit une procédure pour déterminer si des personnes doivent être placées sous tutelle suivant la définition de l'al. (2)n). Elle accorde également certains pouvoirs à un curateur sur ces personnes ou, du moins, sur leurs biens. Toutefois, il n'est nullement évident que la Loi s'applique à Eve. Le préambule du par. 30A(1), qui prévoit l'évaluation psychiatrique d'une personne dont on demande la mise sous tutelle, à première vue du moins, paraît viser seulement les personnes devant être placées sous tutelle qui ont également des biens. Alors si l'on interprète le par. 30A(1) de façon isolée, il donne l'impression qu'il vise la gestion des biens d'un incapable. Aucun élément de preuve n'indique qu'Eve possède des biens.

Toutefois, le par. 30A(2) donne à la cour le pouvoir de nommer un curateur à la personne ainsi qu'aux biens d'une personne devant être placée sous tutelle. Il ne lui donne cependant pas expressément le pouvoir d'autoriser un acte médical, mais seulement de prélever des montants sur les biens de la personne pour son entretien et ses traitements médicaux. Cela peut implicitement donner à la cour le pouvoir d'autoriser un traitement médical en accordant la garde, mais une telle déduction devrait être rapprochée du fait que le pouvoir de la cour de prélever un montant à des fins médicales ne s'applique pas à tous les actes médicaux mais seulement au traitement médical. Eve, comme nous l'avons vu, n'est pas traitée pour une maladie. Le seul objet de la stérilisation proposée n'est pas thérapeutique.

Par conséquent, même si l'on présume que ces dispositions s'appliquent à la personne qui n'a pas de biens et qu'elles confèrent des pouvoirs qui vont plus loin que la gestion des biens, y compris le pouvoir implicite d'un curateur d'autoriser un traitement médical, points qui ne sont pas sans soulever de doutes, il faudrait un texte beaucoup plus précis pour me persuader qu'elles donnent au curateur le pouvoir d'autoriser la stérilisation d'une personne à des fins non thérapeutiques.

Enfin, l'art. 30B prévoit que la nomination d'un curateur en vertu du par. 30A(2) a pour effet de confier au curateur la personne devant être placée sous tutelle et ses biens de la même manière que le

as a grant to the committee of a person and estate of a lunatic by the Lord Chancellor of England at the time of the passing of the Island Act, (1852), 15 Vict., c. 36. That, however, does not dispel the doubts that a committee can only be appointed for a person who owns property, especially since the reference to the grant by the Lord Chancellor is to the person and estate of the incompetent, and (though this is less cogent) the Island Act of 1852 appears also to have been limited to incompetents who owned property. In any event, any relevant power the Lord Chancellor had at the time is related to the *parens patriae* jurisdiction, which I shall be discussing at length later.

In a word, I am unable to see how the *Mental Health Act* much advances the case of the applicants. It does provide a procedure for a declaration of mental incompetency, at least for those who own property, but its ambit is unclear. Certainly, power to obtain an authorization for sterilization, if it exists, must be found elsewhere. It is significant that in this Court the respondent did not rely on the *Mental Health Act* but on s. 48 of the *Hospital Management Regulations*, R.R.P.E.I., c. H-11 adopted pursuant to s. 16 of the *Hospitals Act*, R.S.P.E.I. 1974, c. H-11.

Section 48 of these Regulations reads as follows:

48. No surgical operation shall be performed on a patient unless a consent in writing for the performance of the operation has been signed by

(a) the patient;

(b) the spouse, one of the next of kin or parent of the patient, if the patient is unable to sign by reason of mental or physical disability; or

(c) the parent or guardian of the patient, if the patient is unmarried and under eighteen years of age,

but if the surgeon believes that delay caused by obtaining the consent would endanger the life of the patient

(d) the consent is not necessary; and

(e) the surgeon shall write and sign a statement that a delay would endanger the life of the patient.

faisait la constitution d'un curateur à la personne et aux biens d'un aliéné par le lord chancelier d'Angleterre au moment de l'adoption de la loi de l'Île-du-Prince-Édouard (1852), 15 Vict., chap. 36. Cela n'écarte toutefois pas les doutes qu'un curateur ne puisse être nommé que pour une personne qui possède des biens, particulièrement étant donné la mention que la constitution d'un curateur par le lord chancelier vise la personne et les biens de l'incapable, et (bien que ce soit moins pertinent) la loi de 1852 paraît également ne viser que les incapables qui possèdent des biens. De toute façon, tout pouvoir pertinent que possédait le lord chancelier à ce moment-là se rapporte à la compétence *parens patriae* que j'examinerai d'une manière approfondie plus loin.

Bref, je suis incapable de voir comment la *Mental Health Act* donne des arguments aux requérants. Elle prévoit une procédure en vue d'obtenir un jugement déclaratoire à l'égard des déficients mentaux, du moins ceux qui possèdent des biens, mais sa portée n'est pas claire. De toute évidence, le pouvoir d'obtenir une autorisation en vue de la stérilisation, s'il existe, doit se trouver ailleurs. Il est révélateur que, devant cette Cour, l'intimée ne se soit pas fondée sur la *Mental Health Act*, mais sur l'art. 48 du *Hospital Management Regulations*, R.R.P.E.I., chap. H-11, pris en application de l'art. 16 de l'*Hospitals Act*, R.S.P.E.I. 1974, chap. H-11.

Voici le texte de l'art. 48 de ce règlement:

[TRADUCTION] **48.** Aucune opération chirurgicale ne doit être effectuée sur un patient à moins qu'un consentement écrit à cette fin n'ait été signé par:

a) le patient;

b) le conjoint ou le plus proche parent, si le patient est incapable de signer en raison d'une incapacité mentale ou physique; ou

c) le parent ou le tuteur du patient qui n'est pas marié et qui est âgé de moins de dix-huit ans,

mais, si le chirurgien croit qu'un retard dû à l'obtention du consentement pourrait mettre en danger la vie du patient,

d) le consentement n'est pas nécessaire; et

e) le chirurgien doit rédiger et signer une déclaration selon laquelle un retard mettrait en danger la vie du patient.

Section 16 of the Act under which it was enacted reads as follows:

16. Upon the recommendation of the Commission, the Lieutenant Governor in Council may make such regulations with respect to hospitals as may be deemed necessary for

(a) their establishment, construction, alteration, equipment, safety, maintenance and repairs;

(b) their classification, grades, and standards;

(c) their inspection, control, government, management, conduct, operation and use;

(d) respecting the granting, refusing, suspending and revoking of approval of hospitals and of additions to or renovations in hospitals;

(e) prescribing the matters upon which bylaws are to be passed by hospitals;

(f) prescribing the powers and duties of inspectors;

(g) providing that certain persons shall be by virtue of their office members of the Board in addition to the members of the Board appointed or elected in accordance with the authority whereby the hospital is established;

(h) respecting their administrators, staffs, officers, servants, and employees and the powers and duties thereof;

(i) providing for the certification of chronically ill persons;

(j) defining residents of the province for the purposes of this Act and the regulations;

(k) respecting the admission, treatment, care, conduct, discipline and discharge of patients or any class of patients;

(l) respecting the classification of patients and the lengths of stay of and the rates and charges for patients;

(m) prescribing the manner in which hospital rates and charges shall be calculated;

(n) prescribing the facilities that hospitals shall provide for students;

(o) respecting the records, books, accounting systems, audits, reports and returns to be made and kept by hospitals;

(p) respecting the reports and returns to be submitted to the Commission by hospitals;

(q) prescribing the classes of grants by way of provincial aid and the methods of determining the amounts of grants and providing for the manner and times of

Voici le texte de l'art. 16 de la Loi en vertu duquel il a été adopté:

[TRADUCTION] **16.** Sur la recommandation de la Commission, le lieutenant-gouverneur en conseil peut prendre les règlements relatifs aux hôpitaux qu'il juge nécessaires pour

a) leur mise sur pied, leur construction, leur modification, leur équipement, leur sécurité, leur entretien et leur réparation;

b) la classification, l'établissement de catégories et de normes;

c) leur inspection, leur contrôle, leur régie, leur gestion, leur conduite, leur exploitation et leur utilisation;

d) concernant l'octroi, le refus, la suspension et la révocation de l'approbation des hôpitaux et d'agrandissements ou de rénovations des hôpitaux;

e) prescrivant les sujets sur lesquels porteront les règlements adoptés par les hôpitaux;

f) prescrivant les pouvoirs et les fonctions des inspecteurs;

g) prévoyant que certaines personnes seront, en vertu de leurs fonctions, membres du Conseil en plus des membres du Conseil nommés ou élus conformément aux règles en vertu desquelles l'hôpital est établi;

h) concernant leurs administrateurs, leur personnel, leurs dirigeants, leurs préposés et employés et leurs pouvoirs et fonctions;

i) prévoyant l'enregistrement des malades chroniques;

j) définissant les résidents de la province aux fins de la présente loi et du règlement d'application;

k) concernant l'admission, le traitement, les soins, la conduite, la discipline et le congé des patients ou d'une catégorie de patients;

l) concernant la classification des patients et la durée de leur séjour et les taux et les frais exigés pour les patients;

m) prescrivant le calcul des taux et des frais par l'hôpital;

n) prescrivant les installations que les hôpitaux fournissent aux étudiants;

o) concernant les dossiers, les livres, les systèmes comptables, les vérifications, les rapports et les déclarations qui doivent être tenus, faits et gardés par les hôpitaux;

p) concernant les rapports et les déclarations que les hôpitaux doivent présenter à la Commission;

q) prescrivant les catégories de subventions par voie d'aide provinciale et la méthode pour en déterminer les montants et prévoyant les modalités de paiement,

payment and the suspension and withholding of grants and for the making of deductions from grants;

(r) respecting such other matters as the Lieutenant Governor in Council considers necessary or desirable for the more effective carrying out of this Act.

la suspension et la retenue des subventions et les modalités des déductions sur ceux-ci;

r) concernant toute autre question que le lieutenant-gouverneur en conseil considère nécessaire ou souhaitable pour une meilleure application de la présente loi.

As will be evident from a reading of s. 16, the purpose of the regulations is to regulate the construction, management and operation of hospitals. They are not aimed at defining the rights of individuals as such. Section 48 of the regulations (which appears to have been enacted under s. 16(*k*)) does not so much authorize the performance of an operation as direct that none shall be performed in the absence of appropriate consents, except in cases of necessity. The enumerated consents and necessity are at law valid defences in certain circumstances to a suit for battery that might be brought as a result of an unauthorized operation. So, for the purposes of managing the workings of the hospital, the regulations require that these consents be signed. They do not purport to regulate the validity of the consents; this is otherwise governed by law. Indeed, I rather doubt that the Act empowers the making of regulations affecting the rights of the individual, particularly a basic right involving an individual's physical integrity. For in the absence of clear words, statutes are, of course, not to be read as depriving the individual of so basic a right. In a word, the intent of the regulations is to provide for the governance of hospitals, not human rights.

Comme il ressort clairement de l'art. 16, l'objet du règlement est de régir la construction, la gestion et l'exploitation des hôpitaux. Il n'a pas pour but de définir les droits des patients comme tels. L'article 48 du règlement (qui paraît avoir été adopté en vertu de l'al. 16*k*)) n'autorise pas tant une opération qu'il n'ordonne plutôt qu'aucune ne soit effectuée en l'absence des consentements appropriés, sauf en cas de nécessité. Les consentements et les autorisations nécessaires énumérés constituent en droit des moyens de défense valides dans certaines circonstances contre une poursuite pour voies de fait qui pourrait être intentée par suite d'une opération non autorisée. Ainsi, aux fins de la gestion de l'hôpital, le règlement exige que ces consentements soient signés. Il ne prétend pas réglementer la validité des consentements; cette question est régie d'une autre façon en droit. En fait, je doute plutôt que la Loi donne le pouvoir de prendre des règlements touchant aux droits de la personne, particulièrement un droit fondamental visant l'intégrité physique de la personne. En l'absence d'un texte clair, il va de soi que les lois ne doivent pas être interprétées comme privant qui que ce soit d'un droit aussi fondamental. Bref, le règlement a pour but de prévoir la gestion des hôpitaux et non les droits de la personne.

In summary, MacDonald J. appears to have been right in doubting that the trial judge had properly addressed the threshold question of whether Eve was incompetent. In truth, however, these questions of possible statutory power only amounted to a preliminary skirmish. Argument really centred on the question of whether a superior court, as successor to the powers of the English Court of Chancery could, in the exercise of its parental control as the repository of the Crown's jurisdiction as *parens patriae*, authorize the performance of the operation in question here. It is to that issue that I now turn.

En résumé, le juge MacDonald paraît avoir eu raison de douter que le juge de première instance ait bien examiné la question préliminaire de savoir si Eve était incapable. Toutefois, à vrai dire, ces questions concernant l'existence possible de pouvoirs accordés par la loi reviennent seulement à une escarmouche préliminaire. Le vrai débat portait sur la question de savoir si une cour supérieure, à titre d'héritière des pouvoirs de la Cour de chancellerie anglaise, pouvait, dans l'exercice de son contrôle parental à titre de dépositaire de la compétence de la Couronne en tant que *parens patriae*, autoriser l'opération dont il est question en l'espèce. J'examine maintenant cette question.

Parens Patriae Jurisdiction—Its Genesis

There appears to have been some uncertainty in the courts below and in the arguments presented to us regarding the courts' wardship jurisdiction over children and the *parens patriae* jurisdiction generally. For that reason, it may be useful to give an account of the *parens patriae* jurisdiction and to examine its relationship with wardship.

The origin of the Crown's *parens patriae* jurisdiction over the mentally incompetent, Sir Henry Theobald tells us, is lost in the mists of antiquity; see H. Theobald, *The Law Relating to Lunacy* (1924). *De Prerogativa Regis*, an instrument regarded as a statute that dates from the thirteenth or early fourteenth century, recognized and restricted it, but did not create it. Theobald speculates that "the most probable theory [of its origin] is that either by general assent or by some statute, now lost, the care of persons of unsound mind was by Edw. I taken from the feudal lords, who would naturally take possession of the land of a tenant unable to perform his feudal duties"; see Theobald, *supra*, p. 1.

In the 1540's, the *parens patriae* jurisdiction was transferred from officials in the royal household to the Court of Wards and Liveries, where it remained until that court was wound up in 1660. Thereafter the Crown exercised its jurisdiction through the Lord Chancellor to whom by letters patent under the Sign Manual it granted the care and custody of the persons and the estates of persons of unsound mind so found by inquisition, i.e., an examination to determine soundness or unsoundness of mind.

Wardship of children had a quite separate origin as a property right arising out of the feudal system of tenures. The original purpose of the wardship jurisdiction was to protect the rights of the guardian rather than of the ward. Until 1660 this jurisdiction was also administered by the Court of Wards and Liveries which had been created for the purpose.

Genèse de la compétence *parens patriae*

Il paraît y avoir eu une certaine incertitude devant les tribunaux d'instance inférieure et dans les arguments qui nous ont été présentés concernant la compétence tutélaire des tribunaux à l'égard des enfants et la compétence *parens patriae* de manière générale. Ainsi, il peut être utile d'expliquer la compétence *parens patriae* et d'examiner son rapport avec la tutelle.

Sir Henry Theobald nous dit que l'origine de la compétence *parens patriae* de la Couronne à l'égard de la personne atteinte de déficience mentale se perd dans la nuit des temps; voir H. Theobald, *The Law Relating to Lunacy* (1924). *De Prerogativa Regis*, un texte considéré comme une loi qui date du XIII^e siècle ou du début du XIV^e siècle, reconnaît cette compétence et la restreint mais ne l'a pas créée. Sir Theobald se demande si [TRADUCTION] «la théorie la plus plausible [de son origine] est que, soit avec le consentement général soit en vertu d'une loi maintenant perdue, le soin des personnes qui ne sont pas saines d'esprit a été retiré par Edw. I aux seigneurs féodaux, qui naturellement prenaient possession de la terre d'un tenancier incapable de respecter ses devoirs féodaux»; voir Theobald, précité, p. 1.

Dans les années 1540, la compétence *parens patriae* a été transférée des officiers de la maison royale à la Court of Wards and Liveries, où elle est demeurée jusqu'à ce que la cour soit abolie en 1660. Par la suite, la Couronne a exercé sa compétence par l'intermédiaire du lord chancelier à qui, par lettres patentes signées par le souverain, elle accordait le soin et la garde des personnes qui n'étaient pas saines d'esprit et de leurs biens après une inquisition, c'est-à-dire une enquête pour déterminer si une personne est saine d'esprit ou non.

La tutelle des enfants a une origine tout à fait distincte en tant que droit de propriété qui découle du régime féodal de tenures. À l'origine, l'objet de la compétence tutélaire était de protéger les droits du tuteur plutôt que ceux du pupille. Jusqu'en 1660 cette compétence a également été administrée par la Court of Wards and Liveries qui avait été créée à cette fin.

When tenures and the Court of Wards were abolished, the concept of wardship should, in theory, have disappeared. It was kept alive, however, by the Court of Chancery, which justified it as an aspect of its *parens patriae* jurisdiction; see, for example, *Cary v. Bertie* (1696), 2 Vern. 333, at p. 342, 23 E.R. 814, at p. 818; *Morgan v. Dillon* (Ire.) (1724), 9 Mod. R. 135, at p. 139, 88 E.R. 361, at p. 364. In time wardship became substantively and procedurally assimilated to the *parens patriae* jurisdiction, lost its connection with property, and became purely protective in nature. Wardship thus is merely a device by means of which Chancery exercises its *parens patriae* jurisdiction over children. Today the care of children constitutes the bulk of the courts' work involving the exercise of the *parens patriae* jurisdiction.

It follows from what I have said that the wardship cases constitute a solid guide to the exercise of the *parens patriae* power even in the case of adults. There is no need, then, to resort to statutes like the *Mental Health Act* to permit a court to exercise the jurisdiction in respect of adults. But proof of incompetence must, of course, be made.

This marks a difference between wardship and *parens patriae* jurisdiction over adults. In the case of children, Chancery has a custodial jurisdiction as well, and thus has inherent jurisdiction to make them its wards; this is not so of adult mentally incompetent persons (see *Beall v. Smith* (1873), L.R. 9 Ch. 85, at p. 92). Since, however, the Chancellor had been vested by letters patent under the Sign Manual with power to exercise the Crown's *parens patriae* jurisdiction for the protection of persons so found by inquisition, this difference between the two procedures has no importance for present purposes.

By the early part of the nineteenth century, the work arising out of the Lord Chancellor's jurisdiction became more than one judge could handle and the Chancery Court was reorganized and the work assigned to several justices including the Master of the Rolls. In 1852 (by 15 & 16 Vict., c. 87, s. 15 (U.K.)) the jurisdiction of the Chancellor regard-

Lorsque les tenures et la Court of Wards ont été abolies, le concept de tutelle aurait dû, en théorie, disparaître. Toutefois, il a été conservé par la Cour de chancellerie qui l'a justifié comme un aspect de sa compétence *parens patriae*; voir, par exemple, *Cary v. Bertie* (1696), 2 Vern. 333, à la p. 342, 23 E.R. 814, à la p. 818; *Morgan v. Dillon* (Ire.) (1724), 9 Mod. R. 135, à la p. 139, 88 E.R. 361, à la p. 364. Avec le temps, la tutelle a été, quant au fond et quant à la procédure, assimilée à la compétence *parens patriae*; elle a perdu son rapport avec la propriété et est devenu de nature purement protectrice. La tutelle est donc simplement un dispositif au moyen duquel la Chancellerie exerce sa compétence *parens patriae* à l'égard des enfants. Aujourd'hui, le soin des enfants constitue le gros du travail des tribunaux requierant l'exercice de la compétence *parens patriae*.

Il découle de ce que je viens de dire que la jurisprudence en matière de tutelle constitue un guide solide pour l'exercice du pouvoir *parens patriae* même dans le cas des adultes. Il n'est donc pas nécessaire de recourir à des lois comme la *Mental Health Act* pour autoriser un tribunal à exercer cette compétence à l'égard des adultes. Évidemment, il faut faire la preuve de l'incapacité.

Cela constitue une différence entre la tutelle et la compétence *parens patriae* à l'égard des adultes. Dans le cas des enfants, la Chancellerie a également une compétence en matière de tutelle et a donc une compétence inhérente pour en faire ses pupilles; ce n'est pas le cas des adultes atteints de déficience mentale (voir *Beall v. Smith* (1873), L.R. 9 Ch. 85, à la p. 92). Toutefois, étant donné que le chancelier avait obtenu par lettres patentes signées par le souverain le pouvoir d'exercer la compétence *parens patriae* de la Couronne pour protéger les personnes ainsi désignées après une enquête, cette différence entre les deux procédures n'a pas d'importance en l'espèce.

Au début du XIX[e] siècle, la charge de travail du lord chancelier a dépassé la capacité d'un seul juge et la Cour de chancellerie a été réorganisée et le travail confié à plusieurs juges dont le maître des rôles. En 1852 (par 15 & 16 Vict., chap. 87, art. 15 (R.-U.)) la compétence du chancelier en ce qui a trait à [TRADUCTION] «la garde des personnes et

ing the "Custody of the Persons and Estates of Persons found idiot, lunatic or of unsound Mind" was authorized to be exercised by anyone for the time being entrusted by virtue of the Sign Manual.

The current jurisdiction of the Supreme Court of Prince Edward Island regarding mental incompetents is derived from the *Chancery Act* which amalgamated a series of statutes dealing with the Court of Chancery, beginning with that of 1848 (11 Vict., c. 6 (P.E.I.)) Section 3 of *The Chancery Act*, R.S.P.E.I. 1951, c. 21, substantially reproduced the law as it had existed for many years. It vested in the Court of Chancery the following powers regarding the mentally incompetent:

> ... and in the case of idiots, mentally incompetent persons or persons of unsound mind, and their property and estate, the jurisdiction of the Court shall include that which in England was conferred upon the Lord Chancellor by a Commission from the Crown under the Sign Manual, except so far as the same are altered or enlarged as aforesaid.

By virtue of the *Chancery Jurisdiction Transfer Act*, S.P.E.I. 1974, c. 65, s. 2, the jurisdiction of the Chancery Court was transferred to the Supreme Court of Prince Edward Island. It will be obvious from these provisions that the Supreme Court of Prince Edward Island has the same *parens patriae* jurisdiction as was vested in the Lord Chancellor in England and exercised by the Court of Chancery there.

Anglo-Canadian Development

Since historically the law respecting the mentally incompetent has been almost exclusively focused on their estates, the law on guardianship of their persons is "pitifully unclear with respect to some basic issues"; see P. McLaughlin, *Guardianship of the Person* (Downsview 1979), p. 35. Despite this vagueness, however, it seems clear that the *parens patriae* jurisdiction was never limited solely to the management and care of the estate of a mentally retarded or defective person. As early as 1603, Sir Edward Coke in *Beverley's Case*, 4 Co. Rep. 123 b, at pp. 126 a, 126 b, 76 E.R. 1118, at p. 1124, stated that "in the case of an idiot or fool natural,

des biens des personnes déclarées idiotes, aliénées ou qui ne sont pas saines d'esprit» pouvait être exercée par quiconque en était chargée de par la signature du souverain.

Le pouvoir actuel de la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard concernant les déficients mentaux découle de la *Chancery Act* qui a réuni une série de lois traitant de la Cour de chancellerie, en commençant par celle de 1848 (11 Vict., chap. 6 (Î.-P.-É.)) L'article 3 de *The Chancery Act*, R.S.P.E.I. 1951, chap. 21, reproduit essentiellement le droit tel qu'il existait depuis de nombreuses années. Il accorde à la Cour de chancellerie les pouvoirs suivants concernant les déficients mentaux:

> [TRADUCTION] ... et dans le cas des idiots, des déficients mentaux ou des personnes qui ne sont pas saines d'esprit, et de leurs biens et propriétés, le pouvoir de la cour comprend celui qui en Angleterre était conféré au lord chancelier par une délégation de pouvoir de la Couronne de par la signature du Souverain, sauf dans la mesure où ce pouvoir est modifié ou élargi comme il a été mentionné précédemment.

En vertu de la *Chancery Jurisdiction Transfer Act*, S.P.E.I. 1974, chap. 65, art. 2, la compétence de la Cour de chancellerie a été transférée à la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard. Il ressort clairement de ces dispositions que la Cour suprême de l'Île-du-Prince-Édouard a la même compétence *parens patriae* que celle dont disposait le lord chancelier en Angleterre et qui y était exercée par la Cour de chancellerie.

Évolution de la jurisprudence et de la doctrine anglo-canadienne

Étant donné que, historiquement, le droit concernant les déficients mentaux a porté presque exclusivement sur leurs biens, le droit relatif à la tutelle de leur personne est [TRADUCTION] «lamentablement vague en ce qui a trait aux questions fondamentales»; voir P. McLaughlin, *Guardianship of the Person* (Downsview 1979), p. 35. Toutefois, malgré cette imprécision, il semble évident que la compétence *parens patriae* n'a jamais été limitée exclusivement à la gestion et à la garde des biens d'une personne arriérée ou déficiente. Dès 1603, sir Edward Coke dans *Beverley's Case*, 4 Co. Rep. 123 b, aux pp. 126 a, 126 b, 76 E.R.

for whom there is no expectation, but that he, during his life, will remain without discretion and use of reason, the law has given the custody of him, and all that he has, to the King" (emphasis added). Later at the bottom of the page he adds:

2. Although the stat. says, *custodiam terrarum*, yet the King shall have as well the custody of the body, and of their goods and chattels, as of the lands and other hereditaments, and as well those which he has by purchase, as those which he has as heirs by the common law.

At 4 Co. Rep. p. 126 b, 76 E.R. 1125, he cites Fitzherbert's *Natura brevium* to the same effect. Theobald (*supra*, pp. 7-8, 362) appears to be quite right when he tells us that the Crown's prerogative "has never been limited by definition". The Crown has an inherent jurisdiction to do what is for the benefit of the incompetent. Its limits (or scope) have not, and cannot, be defined.

The famous custody battle waged by one Wellesley in the early nineteenth century sheds some light on the exercise of the king's *parens patriae* jurisdiction by the Lord Chancellor. Wellesley (considered an extremely dissolute and objectionable father due to his philandering ways and vulgar language, in spite of his "high" birth), waged a lengthy court battle to gain custody of his children following the death of his estranged wife who had entrusted the care of the children to members of her family. In *Wellesley v. Duke of Beaufort* (1827), 2 Russ. 1, 38 E.R. 236, Lord Eldon, then Lord Chancellor, in discussing the jurisdiction of the Court of Chancery, touched upon the King's *parens patriae* power at 2 Russ. 20, 38 E.R. 243. He there made it clear that "it belongs to the King as *parens patriae*, having the care of those who are not able to take care of themselves, and is founded on the obvious necessity that the law should place somewhere the care of individuals who cannot take care of themselves, particularly in cases where it is clear that some care should be thrown round them". He then underlined that the jurisdiction has been exercised for the maintenance of children solely when there was property, not because of any rule of law, but

1118, à la p. 1124 a déclaré que [TRADUCTION] «dans le cas d'un idiot, ou d'un aliéné, à l'égard duquel il n'y a plus d'espoir, mais qui, durant sa vie, demeurera sans discernement et sans usage de raison, le droit a confié au Roi la garde de sa personne et de tout ce qu'il possède» (c'est moi qui souligne). Plus loin au bas de la page il ajoute:

[TRADUCTION] 2. Bien que la loi précise *custodiam terrarum*, le Roi a également la garde de la personne, des biens meubles ainsi que des terrains et autres immeubles, ainsi que de ceux qu'il a acquis par achat et de ceux qu'il a obtenus à titre d'héritier en vertu de la *common law*.

À 4 Co. Rep. p. 126 b, 76 E.R. 1125, il cite *Natura brevium* de Fitzherbert qui va dans le même sens. Theobald (précité, aux pp. 7 et 8, 362) paraît avoir tout à fait raison lorsqu'il nous dit que la prérogative de la Couronne [TRADUCTION] «n'a jamais été limitée par définition». La Couronne a une compétence inhérente pour agir à l'avantage de l'incapable. Ses limites (ou sa portée) n'ont pas été définies et ne peuvent l'être.

Le célèbre litige en matière de garde engagé par un nommé Wellesley au début du XIX[e] siècle a jeté de la lumière sur l'exercice de la compétence *parens patriae* du Roi par le lord chancelier. Wellesley (considéré comme un père extrêmement dissolu et condamnable à cause de sa débauche et de son langage vulgaire, malgré son «haut» lignage), a engagé une longue bataille judiciaire pour obtenir la garde de ses enfants après le décès de son épouse dont il était séparé et qui avait confié la garde des enfants à des membres de sa famille. Dans *Wellesley v. Duke of Beaufort* (1827), 2 Russ. 1, 38 E.R. 236, lord Eldon, alors lord chancelier, dans son analyse de la compétence de la Cour de chancellerie, a touché à la compétence *parens patriae* du Roi à 2 Russ. 20 et 38 E.R. 243. Dans cette affaire, il a établi clairement que [TRADUCTION] «il appartient au Roi, à titre de *parens patriae*, de prendre soin de ceux qui ne sont pas en mesure de le faire eux-mêmes, et ceci est fondé sur la nécessité évidente que le droit attribue à quelqu'un le soin des personnes qui ne peuvent le faire elles-mêmes, particulièrement dans les cas où il est évident qu'elles doivent bénéficier de certains soins». Il a ensuite souligné que la compétence avait été exercée uniquement pour l'entretien des

for the practical reason that the court obviously had no means of acting unless there was property available.

The discussion on appeal to the House of Lords (*Wellesley v. Wellesley* (1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078) is also instructive. Far from limiting the jurisdiction to children, Lord Redesdale there adverted to the fact that the court's jurisdiction over children had been adopted from its jurisdiction over mental incompetents. He noted that "Lord Somers resembled the jurisdiction over infants, to the care which the Court takes with respect to lunatics, and supposed that the jurisdiction devolved on the Crown, in the same way"; 2 Bli. N.S. at p. 131, 4 E.R. at p. 1081. The jurisdiction, he said, extended "as far as is necessary for protection and education"; 2 Bli. at p. 136, 4 E.R. at p. 1083. It continues to this day, and even where there is legislation in the area, the courts will continue to use the *parens patriae* jurisdiction to deal with uncomtemplated situations where it appears necessary to do so for the protection of those who fall within its ambit; see *Beson v. Director of Child Welfare (Nfld.)*, [1982] 2 S.C.R. 716.

It was argued before us, however, that there was no precedent where the Lord Chancellor had exercised the *parens patriae* jurisdiction to order medical procedures of any kind. As to this, I would say that lack of precedent in earlier times is scarcely surprising having regard to the state of medical science at the time. Nonetheless, it seems clear from *Wellesley v. Wellesley*, *supra*, that the situations in which the courts can act where it is necessary to do so for the protection of mental incompetents and children have never been, and indeed cannot, be defined. I have already referred to the remarks of Lord Redesdale. To these may be added those of Lord Manners who, at Bli. pp. 142-43 and 1085, respectively, expressed the view that "It is . . . impossible to say what are the limits of that jurisdiction; every case must depend upon its own circumstances".

enfants lorsqu'il y avait des biens, non en raison d'une règle de droit, mais pour la raison pratique que, de toute évidence, le tribunal n'avait pas les moyens d'agir s'il n'y avait pas de biens.

Les débats en appel devant la Chambre des lords sont également instructifs (*Wellesley v. Wellesley* (1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078). Loin de limiter la compétence à l'égard des enfants, lord Redesdale mentionna le fait que cette compétence de la cour avait été adoptée à partir de sa compétence à l'égard des déficients mentaux. Il fit remarquer que [TRADUCTION] «Lord Somers a comparé la compétence à l'égard des jeunes enfants au soin que la Cour prend en ce qui a trait aux aliénés, et a supposé que la compétence revenait à la Couronne de la même manière», 2 Bli. N.S. à la p. 131, 4 E.R. à la p. 1081. Il ajoute que la compétence s'étend [TRADUCTION] «aussi loin que ce qui est nécessaire pour assurer la protection et l'éducation», 2 Bli. à la p. 136, 4 E.R. à la p. 1083. Elle s'applique encore aujourd'hui et même lorsqu'il existe un texte législatif dans le domaine, les tribunaux continueront à utiliser la compétence *parens patriae* pour traiter des situations non visées lorsqu'il paraît nécessaire de le faire pour protéger ceux qui relèvent de sa portée; voir *Beson c. Director of Child Welfare (T.-N.)*, [1982] 2 R.C.S. 716.

Toutefois, on a soutenu devant nous, qu'il n'y avait aucun précédent où le lord chancelier avait exercé la compétence *parens patriae* pour ordonner quelques genres de soins médicaux que ce soit. En ce qui concerne cet argument, il convient de dire que l'absence de jurisprudence n'est pas surprenante compte tenu de l'état de la médecine à ce moment-là. Néanmoins, il ressort clairement de l'arrêt *Wellesley v. Wellesley*, précité, que les situations dans lesquelles les tribunaux peuvent agir lorsqu'il est nécessaire de le faire pour protéger les personnes atteintes de déficience mentale et les enfants n'ont jamais été définies et en fait ne peuvent l'être. J'ai déjà mentionné les remarques de lord Redesdale. On peut y ajouter celle de lord Manners qui, à Bli. aux pp. 142, 143 et E.R. 1085, a exprimé l'opinion que [TRADUCTION] «Il est . . . impossible de dire quelles sont les limites de cette compétence; chaque cas est un cas d'espèce».

Reference may also be made to *Re X (a minor)*, [1975] 1 All E.R. 697, for a more contemporary description of the *parens patriae* jurisdiction. In that case, the plaintiff applied to Latey J. for an order making a fourteen year old girl who was psychologically fragile and high strung a ward of the court and for an injunction prohibiting the publication of a book revealing her father's private life which, it was felt, would be grossly damaging psychologically to her if she should read it. Latey J. issued the wardship order and the injunction requested. In speaking of his jurisdiction in the matter, he had this to say, at p. 699:

On the first of the two questions already stated, it is argued for the defendants, first, that because the wardship jurisdiction has never been involved in any case remotely resembling this, the court, though theoretically having jurisdiction, should not entertain the application, but bar it in limine. I do not accept that contention. It is true that this jurisdiction has not been invoked in any such circumstances. I do not know whether they have arisen before or, if they have, whether anyone has thought of having recourse to this jurisdiction. But I can find nothing in the authorities to which I have been referred by counsel or in my own researches to suggest that there is any limitation in the theoretical scope of this jurisdiction; or, to put it another way, that the jurisdiction can only be invoked in the categories of cases in which it has hitherto been invoked, such as custody, care and control, protection of property, health problems, religious upbringing, and protection against harmful associations. That list is not exhaustive. On the contrary, the powers of the court in this particular jurisdiction have always been described as being of the widest nature. That the courts are available to protect children from injury whenever they properly can is no modern development.

(Emphasis added.)

Latey J. then cited a passage from *Chambers of Infancy* (1842), p. 20 that indicates that protection may be accorded against prospective as well as present harm. The passage states in part:

And the Court will interfere not merely on the ground of an injury actually done, or attempted against the

On peut également mentionner l'arrêt *Re X (a minor)*, [1975] 1 All E.R. 697, pour une description plus contemporaine de la compétence *parens patriae*. Dans cette affaire, le requérant a demandé au juge Latey de rendre une ordonnance prévoyant qu'une jeune fille de quatorze ans qui était fragile psychologiquement et très nerveuse soit placée sous tutelle judiciaire et de rendre une injonction interdisant la publication d'un livre révélant la vie privée de son père qui, croyait-on, lui serait extrêmement dommageable psychologiquement si elle venait à le lire. Le juge Latey a rendu l'ordonnance de tutelle et l'injonction demandées. Parlant de sa compétence dans cette affaire, voici ce qu'il dit à la p. 699:

[TRADUCTION] À l'égard de la première des deux questions déjà énoncées, les défendeurs soutiennent d'abord que, parce que la compétence en matière de tutelle n'a jamais été mise en cause dans une affaire qui ressemble de loin à l'espèce, la cour, bien qu'étant théoriquement compétente, ne devrait pas entendre la demande mais la refuser dès le départ. Je n'accepte pas cet argument. Il est vrai que cette compétence n'a pas été invoquée dans de telles circonstances. Je ne sais pas si elles se sont déjà présentées ou, si cela a été le cas, si on n'a pas pensé à avoir recours à cette compétence. Toutefois, je ne trouve rien dans la jurisprudence que m'a mentionnée l'avocat ou dans le fruit de mes propres recherches qui laisse entendre qu'il existe une limite à la portée théorique de cette compétence; ou, pour le dire autrement, que la compétence ne peut être invoquée que dans les catégories d'affaires dans lesquelles elle a été invoquée jusqu'ici, comme la garde, le contrôle, la protection des biens, les problèmes de santé, l'éducation religieuse et la protection contre les relations dangereuses. Cette liste n'est pas exhaustive. Au contraire, les pouvoirs de la cour à l'égard de cette compétence particulière ont toujours été décrits comme étant de la nature la plus large. Le fait que les tribunaux puissent protéger les enfants contre des préjudices chaque fois qu'ils le peuvent n'est pas une évolution moderne.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge Latey a alors cité un passage de *Chambers on Infancy* (1842), p. 20 qui indique que la protection peut être accordée contre un préjudice à venir aussi bien que présent. Voici un extrait de ce passage:

[TRADUCTION] Et la Cour n'interviendra pas seulement dans le cas d'un préjudice effectivement causé à la

infant's person or property; but also if there be any likelihood of such an occurrence, or even an apprehension or suspicion of it.

The Court of Appeal disagreed with Latey J.'s exercise of discretion, essentially because he had failed to consider the public interest in the publication of the book, and accordingly reversed his order. The court, however, did not quarrel with his statement of the law. Thus Lord Denning, M.R., at p. 703 had this to say:

No limit has ever been set to the jurisdiction. It has been said to extend as far as necessary for protection and education: see *Wellesley v Wellesley* by Lord Redesdale. The court has power to protect the ward from any interference with his or her welfare, direct or indirect.

Roskill L.J., also reinforced the broad ambit of the jurisdiction. He said, at p. 705:

I would agree with counsel for the plaintiff that no limits to that jurisdiction have yet been drawn and it is not necessary to consider here what (if any) limits there are to that jurisdiction. The sole question is whether it should be exercised in this case. I would also agree with him that the mere fact that the courts have never stretched out their arms so far as is proposed in this case is in itself no reason for not stretching out those arms further than before when necessary in a suitable case.

Sir John Pennycuick at p. 706 agreed:

... the courts, when exercising the parental power of the Crown, have, at any rate in legal theory, an unrestricted jurisdiction to do whatever is considered necessary for the welfare of a ward. It is, however, obvious that far-reaching limitations in principle on the exercise of this jurisdiction must exist. The jurisdiction is habitually exercised within those limitations.

At page 707 he added:

Latey J's statement of the law is I think correct, but he does not lay sufficient emphasis on the limitations with which the courts should exercise this jurisdiction.

I will be observed from the remarks of Sir John Pennycuick, as well as the words emphasized in

personne ou aux biens du mineur ou en cas de tentative; mais également s'il y a une probabilité qu'une telle chose se produise ou même une crainte ou des soupçons qu'elle se produise.

La Cour d'appel n'a pas approuvé l'exercice du pouvoir discrétionnaire du juge Latey, essentiellement parce qu'il n'a pas tenu compte de l'intérêt public dans la publication du livre et a par conséquent infirmé son ordonnance. Toutefois, la cour n'a pas contesté son énoncé du droit. Ainsi, le maître des rôles, lord Denning, a dit à la p. 703:

[TRADUCTION] Aucune limite n'a jamais été établie à l'égard de la compétence. On a dit qu'elle s'étendait «aussi loin que ce qui est nécessaire pour assurer la protection et l'éducation»: voir *Wellesley v. Wellesley*, lord Redesdale. La cour a le pouvoir de protéger le pupille contre toute ingérence à l'égard de son bien-être direct ou indirect.

Le lord juge Roskill a également renforcé la grande portée de la compétence. Il a dit, à la p. 705:

[TRADUCTION] Je conviens avec l'avocat du demandeur qu'aucune limite à cette compétence n'a encore été établie et qu'il n'est pas nécessaire d'examiner en l'espèce quelle limite (s'il y a lieu) s'y applique. La seule question est de savoir si elle devrait être exercée en l'espèce. Je conviens également avec lui que le simple fait que les tribunaux n'aient jamais étendu leurs bras aussi loin qu'on le propose en l'espèce ne constitue pas en soi un motif pour ne pas les étendre plus loin qu'auparavant lorsque c'est nécessaire dans un cas approprié.

Sir John Pennycuick a souscrit à cette opinion à la p. 706:

[TRADUCTION] ... les tribunaux, lorsqu'ils exercent le pouvoir parental de la Couronne, ont, de toute façon selon la théorie juridique, une compétence illimitée pour faire ce qu'ils considèrent nécessaire pour le bien-être d'un pupille. Toutefois, il est évident qu'il doit exister des limites de grande portée en principe à l'exercice de cette compétence. La compétence est habituellement exercée dans le cadre de ces limites.

À la page 707 il ajoute:

[TRADUCTION] À mon avis, l'exposé du droit du juge Latey est correct, mais il n'accorde pas suffisamment d'importance aux limites à l'intérieur desquelles les tribunaux devraient exercer cette compétence.

On remarquera d'après les remarques de sir John Pennycuick ainsi que les termes soulignés

Latey J.'s judgment, that the theoretically unlimited nature of the jurisdiction, to which I have also previously referred, has to do with its scope. It must, of course, be used in accordance with its informing principles, a matter about which I shall have more to say.

In recent years, the English courts have extended the jurisdiction to cases involving medical procedures. In *Re S. v. McC(orse. S.) and M; W v. W.*, [1972] A.C. 24, the House of Lords, relying in part on its protective jurisdiction over infants, approved of a blood test being taken of a husband and his wife and a child with a view to determining the paternity of the child.

The court's jurisdiction to sanction the non-therapeutic sterilization of a mentally handicapped person arose before Heilbron J. of the Family Division of the English High Court of Justice in *Re D (a minor)*, [1976] 1 All E.R. 326, a case that bears a considerable resemblance to the present. D, a girl, was born with a condition known as Sotos Syndrome, the symptoms of which include accelerated growth during infancy, epilepsy, clumsiness, and unusual facial appearance, behavioural problems including aggressiveness, and some impairment of mental functions that could result in dull intelligence or more serious mental retardation. D displayed these various symptoms, although she was not as seriously retarded as some children similarly afflicted. She possessed a dull normal intelligence. She was sent to an appropriate school but did not do well partly because of behavioural problems. When she was ten, however, she was sent to a school specializing in children with learning difficulties and associated behavioural problems. She then showed marked improvement in her academic skills, social competence and behaviour.

D lived with her widowed mother, Mrs. B., who was fifty-one, and two sisters. The family lived in extraordinarily difficult circumstances in a grossly

dans le jugement du juge Latey que la nature théoriquement illimitée de la compétence, dont j'ai également fait mention précédemment, a à voir avec sa portée. Elle doit bien sûr être employée conformément à ses principes sous-jacents, une question sur laquelle je reviendrai.

Ces dernières années, les tribunaux anglais ont étendu la compétence à des cas portant sur des traitements médicaux. Dans l'arrêt *Re S. v. McC(orse. S.) and M; W. v. W.*, [1972] A.C. 24, la Chambre des lords, se fondant en partie sur sa compétence en matière de protection à l'égard des mineurs, a autorisé le prélèvement d'un échantillon de sang d'un mari, de son épouse et d'un enfant afin d'en déterminer la paternité.

La compétence de la cour d'autoriser la stérilisation non thérapeutique d'une personne atteinte de déficience mentale a été soulevée devant le juge Heilbron de la Division de la famille de la Haute Cour de Justice d'Angleterre dans l'affaire *Re D (a minor)*, [1976] 1 All E.R. 326, une affaire qui ressemble considérablement à l'espèce. D, une fille, est née avec une maladie connue sous le nom de syndrome de Sotos dont les symptômes comprennent une croissance accélérée au cours de l'enfance, l'épilepsie, la maladresse, une apparence faciale inhabituelle, des problèmes de comportement y compris de l'agressivité, et une certaine diminution des facultés mentales qui pourrait entraîner une faible intelligence ou une déficience mentale plus grave. Ces divers symptômes se manifestaient chez D, bien qu'elle ne fût pas aussi gravement atteinte de déficience mentale que certains enfants affligés de la même maladie. Elle avait une intelligence à peu près normale. Elle avait été envoyée dans une école appropriée mais n'avait pas bien réussi en partie à cause de ses problèmes de comportement. Toutefois, à l'âge de dix ans, elle a été placée dans une école spécialisée pour les enfants avec des difficultés d'apprentissage et des problèmes de comportement connexes. Ses résultats scolaires se sont beaucoup améliorés ainsi que ses relations sociales et son comportement.

D demeurait avec ses deux sœurs chez sa mère, M^me^ B., une veuve de cinquante et un ans. La famille vivait dans des conditions extraordinaire-

overcrowded house with no inside toilet. The mother was described as a very hard-working woman who kept the house spotless and impressed everyone with her sincerity and common sense.

It was common ground that D had sufficient intelligence to marry in due course. Her mother, however, was convinced that she would always remain substantially handicapped and unable to maintain herself or care for any children she might have. Accordingly, when D was a child, her parents had decided that she should be sterilized, and when she reached puberty at ten, Mrs. B.'s concern increased; she worried that D might be seduced and give birth to an abnormal child. She consulted a doctor, who took the view that there was a real risk that she might indeed give birth to an abnormal child. He agreed that D should be sterilized and arrangements were made for the purpose. When other doctors questioned the purposes of the operation, however, a wardship application was made to the court with a view to preventing it from being carried out.

Heilbron J. refused to sanction the operation. After reviewing the nature of the wardship jurisdiction arising out of the sovereign's obligation as *parens patriae*, she observed, at p. 332:

> It is apparent from the recent decision of the Court of Appeal in *Re X (a minor)* that the jurisdiction to do what is considered necessary for the protection of an infant is to be exercised carefully and within limits, but the court has, from time to time over the years, extended the sphere in the exercise of this jurisdiction.
>
> The type of operation proposed is one which involves the deprivation of a basic human right, namely the right of a woman to reproduce, and therefore it would, if performed on a woman for non-therapeutic reasons and without her consent, be a violation of such right. Both Dr. Gordon and Miss Duncan seem to have had in mind the possibility of seeking the child's views and her consent, for they asked that this handicapped child of 11 should be consulted in the matter. One would have thought that they must have known that any answer she

ment difficiles dans une maison extrêmement surpeuplée sans toilette intérieure. La mère était décrite comme une personne très travailleuse qui gardait sa maison immaculée et qui impressionnait tout le monde par sa sincérité et son bon sens.

Il allait de soi que D était suffisamment intelligente pour se marier en temps opportun. Toutefois, sa mère était convaincue qu'elle demeurerait toujours gravement handicapée et serait incapable de prendre soin d'elle-même ou de s'occuper de tout enfant qu'elle pourrait avoir. Par conséquent, lorsque D était une enfant, ses parents ont décidé qu'elle devrait être stérilisée et quand elle a atteint l'âge de la puberté vers dix ans, les préoccupations de M^me B. ont augmenté; elle s'inquiétait du fait que D pourrait être séduite et donner naissance à un enfant anormal. Elle a consulté un médecin qui était d'avis qu'il y avait un risque réel qu'elle puisse en fait donner naissance à un enfant anormal. Il a convenu que D devrait être stérilisée et des dispositions ont été prises à cet effet. Toutefois, lorsque d'autres médecins ont remis en question les fins de l'opération, une demande de tutelle a été présentée à la cour afin d'empêcher qu'elle soit effectuée.

Le juge Heilbron a refusé d'autoriser l'opération. Après avoir examiné la nature de la compétence en matière de tutelle qui découle de l'obligation du souverain à titre de *parens patriae*, elle a fait remarquer à la p. 332:

> [TRADUCTION] Il ressort clairement de la récente décision de la Cour d'appel dans *Re X (a minor)* que la compétence pour faire ce qui est considéré comme nécessaire pour la protection d'un mineur doit être exercée soigneusement et à l'intérieur de certaines limites, mais la cour, au cours des années, a étendu la sphère d'exercice de cette compétence.
>
> Le genre d'intervention projetée emporte la privation d'un droit humain fondamental, c'est-à-dire le droit d'une femme de procréer, et par conséquent cette intervention constituerait, si elle était pratiquée sur une femme pour des raisons non thérapeutiques et sans son consentement, une violation de ce droit. Le D^r Gordon et M^lle Duncan semblent avoir considéré la possibilité de demander l'opinion de l'enfant et son consentement, car ils ont demandé que cette enfant handicapée âgée de 11 ans soit consultée au sujet de cette question. On aurait

might have given, or any purported consent, would have been valueless.

(Emphasis added.)

At page 333, she added:

This operation could, if necessary, be delayed or prevented if the child were to remain a ward of court, and as Lord Eldon LC, so vividly expressed it in *Wellesley*'s case: "It has always been the principle of this Court, not to risk the incurring of damage to children which it cannot repair, but rather to prevent the damage being done."

I think that is the very type of case where this court should 'throw some care around this child', and I propose to continue her wardship which, in my judgment, is appropriate in this case.

(Emphasis added.)

Later, at pp. 334-35, she expressed agreement with the consulting doctors' opinion that sterilization for therapeutic purposes was not entirely within a doctor's clinical judgment:

Their opinion was that a decision to sterilise a child was not entirely within a doctor's clinical judgment, save only when sterilisation was the treatment of choice for some disease, as, for instance, when in order to treat a child and to ensure her direct physical well-being, it might be necessary to perform a hysterectomy to remove a malignant uterus. Whilst the side effect of such an operation would be to sterilise, the operation would be performed solely for therapeutic purposes. I entirely accept their opinions. I cannot believe, and the evidence does not warrant the view, that a decision to carry out an operation of this nature performed for nontherapeutic purposes on a minor, can be held to be within the doctor's sole clinical judgment.

(Emphasis added.)

Since that time, there have been several cases where the English courts have given permission to perform medical operations under the *parens patriae* jurisdiction. In *In re P (a Minor)* (1981), 80 L.G.R. 301, local authorities invoked the court's wardship jurisdiction to permit an abortion on a fifteen year old girl who had previously given birth and was caring for the first child in facilities

pu penser qu'ils auraient su que toute réponse qu'elle aurait pu donner ou tout prétendu consentement, aurait été sans valeur.

(C'est moi qui souligne.)

À la page 333, elle ajoute:

[TRADUCTION] Cette intervention pourrait, si nécessaire, être retardée ou empêchée, si l'enfant devait demeurer sous tutelle judiciaire et comme le lord chancelier Eldon l'a dit de façon si précise dans l'arrêt *Wellesley*: «Cette Cour a toujours eu pour principe de ne pas risquer de causer un préjudice irréparable aux enfants mais plutôt d'empêcher que le préjudice soit causé.»

Je crois qu'il s'agit du même type d'affaire où la Cour devrait «fournir des soins à cette enfant» et je propose de maintenir la tutelle de cette enfant, qui, à mon avis, est appropriée en l'espèce.

(C'est moi qui souligne.)

Plus loin, aux pp. 334 et 335, elle a souscrit à l'opinion des médecins consultants selon laquelle la stérilisation à des fins thérapeutiques ne relevait pas entièrement du jugement clinique d'un médecin:

[TRADUCTION] Selon leur opinion, la décision de stériliser un enfant ne relevait pas seulement du jugement clinique du médecin, sauf lorsque la stérilisation constituait le traitement de choix pour une certaine maladie, par exemple, pour traiter un enfant et assurer directement son bien-être physique il peut être nécessaire de pratiquer une hystérectomie pour enlever un utérus malin. Bien que le fait secondaire d'une telle intervention soit la stérilisation, l'intervention serait pratiquée uniquement à des fins thérapeutiques. J'accepte entièrement leurs opinions. Je ne peux croire, et d'ailleurs la preuve ne justifie pas cette opinion, que la décision de pratiquer une intervention de cette nature à des fins non thérapeutiques sur un mineur puisse être jugée comme relevant du seul jugement clinique d'un médecin.

(C'est moi qui souligne.)

Depuis ce temps, les tribunaux anglais ont rendu plusieurs décisions qui ont permis de pratiquer des actes médicaux en vertu de la compétence *parens patriae*. Dans *In re P (a Minor)* (1981), 80 L.G.R. 301, l'administration locale a invoqué la compétence de la cour en matière de tutelle pour autoriser l'avortement d'une jeune fille de quinze ans qui avait déjà eu un enfant et qui s'en occupait dans

provided by the authority. The evidence indicated that the girl was taking good care of the first child but could not cope with a second, and that the girl consented to the operation. Butler-Sloss J. authorized the abortion, despite her father's objection, on the ground that it was in the girl's best interest.

More recently still, the English Court of Appeal had to consider the poignantly sad case of *Re B (a minor)* (1982), 3 F.L.R. 117. A baby girl was born suffering from Down's Syndrome (mongolism). She also had an intestinal blockage from which she would die within a very short time unless it was operated on. If she had the operation there was a considerable risk that she would suffer from heart trouble and die within two or three months. Even if the operation was successful she would only have a life expectancy of from twenty to thirty years, during which time she would be very handicapped, both mentally and physically. Her parents took the view that the kindest thing in the interests of the child was for her not to have the operation. Nonetheless, the court, on a wardship application by a local authority, authorized the operation. Though it expressed sympathy for the parents in the agonizing decision to which they had come, it emphasized the protective quality of its jurisdiction, as the following statement by Lord Templeman, at pp. 122-23 indicates: "The evidence in this case only goes to show that if the operation takes place and is successful then the child may live the normal span of a mongoloid child with the handicaps and defects and life of a mongol child, and it is not for this court to say that life of that description ought to be extinguished."

Turning now to Canada, the *parens patriae* jurisdiction has on several occasions been exercised to authorize the giving of a blood transfusion to save a child's life over its parents' religious objection. More germane for present purposes is the recent case of *Re K and Public Trustee* (1985), 19 D.L.R. (4th) 255, where the Court of Appeal of British Columbia ordered that a hysterectomy be performed on a seriously retarded child on the ground that the operation was therapeutic. The

des installations fournies par l'administration. Les éléments de preuve indiquaient que la jeune fille prenait bien soin du premier enfant mais qu'elle ne pourrait s'occuper du second et que la jeune fille avait consenti à l'opération. Le juge Butler-Sloss a autorisé l'avortement, malgré l'opposition du père de la jeune fille, sur le fondement que c'était dans l'intérêt de celle-ci.

Encore plus récemment, la Cour d'appel d'Angleterre a dû examiner l'affaire très triste de *Re B (a minor)* (1982), 3 F.L.R. 117. Une petite fille est née atteinte du syndrome de Down (trisomie). Elle souffrait également d'un blocage intestinal qui l'aurait emportée en peu de temps à moins qu'elle ne subisse une opération. Si elle était opérée, il y avait un risque considérable qu'elle souffre de troubles cardiaques et ne vive pas plus de deux ou trois mois. Même si l'intervention était un succès, elle n'aurait qu'une espérance de vie de 20 à 30 ans, pendant lesquels elle serait très handicapée, mentalement et physiquement. Ses parents ont estimé que le geste le plus humanitaire dans l'intérêt de l'enfant était de ne pas l'opérer. Néanmoins, la cour, en vertu d'une demande de tutelle de l'administration locale, a autorisé l'opération. Bien qu'elle ait exprimé de la sympathie pour les parents en ce qui a trait à la décision déchirante à laquelle ils étaient arrivés, elle a souligné la qualité protectrice de sa compétence, comme l'indique la déclaration suivante de lord Templeman aux pp. 122 et 123: [TRADUCTION] «Les éléments de preuve en l'espèce indiquent seulement que si l'intervention est pratiquée et réussit, alors l'enfant peut vivre la durée normale de la vie d'un enfant atteint de trisomie avec ses handicaps et ses déficiences et il n'appartient pas à cette Cour de dire qu'on doit mettre fin à une telle vie.»

Quant au Canada, la compétence *parens patriae* a été exercée à plusieurs reprises pour autoriser une transfusion sanguine pour sauver la vie d'un enfant malgré l'opposition religieuse de ses parents. L'affaire récente *Re K and Public Trustee* (1985), 19 D.L.R. (4th) 255 se rapproche de l'espèce; la Cour d'appel de la Colombie-Britannique a ordonné qu'une hystérectomie soit pratiquée sur une enfant gravement arriérée pour le motif que l'opération était thérapeutique. Le facteur le

most serious factor considered by the court was the child's alleged phobic aversion to blood, which it was feared would seriously affect her when her menstrual period began. It should be observed, and the fact was underscored by the judges in that case, that *Re K and Public Trustee* raised a quite different issue from that in the present case. As Anderson J.A. put it at p. 275: "I say now, as forcefully as I can, this case cannot and must not be regarded as a precedent to be followed in cases involving sterilization of mentally disabled persons for contraceptive purposes."

I now turn to the American experience to which all parties referred.

The American Experience

The American experience in this area cannot be understood without reference to the interest in the eugenic sterilization of the mentally incompetent manifested in that country early in this century. Eugenics theory, founded upon the rearticulation of the Mendelian theories of inheritance, developed from the premise that physical, mental and even moral deficiencies have a genetic basis. In the early part of this century, many social reformers advocated eugenic sterilization as a panacea for most of the troubles that had been created by "misfits" in society. This general attitude, coupled with the evolution of surgical sterilization techniques, provoked the widespread adoption of enabling legislation. In time, over thirty states enacted statutes providing for the compulsory sterilization of the mentally retarded; see Sherlock and Sherlock, "Sterilizing the Retarded: Constitutional, Statutory and Policy Alternatives," 60 *N.C.L.Rev.* 943 (1982), at p. 944.

The constitutionality of such statutes arose before the United States Supreme Court in the landmark case of *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927). Carrie Buck, a mildly retarded woman, was the daughter of a similarly afflicted woman and had herself given birth to an allegedly retard-

plus important dont la cour a tenu compte était l'aversion phobique de l'enfant à l'égard du sang qui, craignait-on, aurait de graves conséquences à son égard lors de ses premières menstruations. Il convient de faire remarquer, et le fait a été souligné par les juges dans cet arrêt, que *Re K and Public Trustee* soulevait une question tout à fait différente de celle de l'espèce. Comme le juge Anderson l'a dit à la p. 275: [TRADUCTION] «Je dis maintenant, avec autant de vigueur que je peux, que l'espèce ne peut et ne doit pas être considérée comme un précédent qui doit être appliqué dans les affaires comportant la stérilisation à des fins contraceptives de personnes atteintes de déficience mentale.»

J'examine maintenant l'expérience américaine dont toutes les parties ont fait mention.

L'expérience américaine

L'expérience américaine dans ce domaine ne peut être comprise sans mentionner l'intérêt dans la stérilisation eugénique de l'arriéré mental qui s'est manifesté dans ce pays au début du siècle. La théorie eugénique est fondée sur la réaffirmation des théories mendeliennes de l'hérédité, élaborées à partir de la prémisse selon laquelle les déficiences physiques, mentales et même morales relèvent de la génétique. Au début du siècle, un grand nombre de réformateurs sociaux préconisaient la stérilisation eugénique comme une panacée pour la plupart des troubles qui avaient été créés par des «mésadaptés» sociaux. Cette attitude générale, associée avec l'évolution des techniques chirurgicales de stérilisation, a provoqué l'adoption généralisée de mesures législatives habilitantes. Avec le temps, plus de trente États ont adopté des lois prévoyant la stérilisation obligatoire des arriérés mentaux; voir Sherlock and Sherlock, «Sterilizing the Retarded: Constitutional, Statutory and Policy Alternatives,» 60 *N.C.L.Rev.* 943 (1982), à la p. 944.

La constitutionnalité de ces lois a été contestée devant la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt de principe *Buck v. Bell*, 274 U.S. 200 (1927). Carrie Buck, une femme légèrement arriérée, était la fille d'une femme atteinte d'une déficience semblable et avait elle-même donnée naissance à un

ed child. A majority of the court sanctioned her sterilization despite claims that such a course violated substantive and procedural due process as well as the equal protection rights of the handicapped. The case constituted the high water mark of eugenic theory, as the strong judgment of Holmes J. attests. He sets the tone at p. 207:

> We have seen more than once that the public welfare may call upon the best citizens for their lives. It would be strange if it could not call upon those who already sap the strength of the State for these lesser sacrifices, often not felt to be such by those concerned, in order to prevent our being swamped with incompetence. It is better for all the world, if instead of waiting to execute degenerate offspring for crime, or to let them starve for their imbecility, society can prevent those who are manifestly unfit from continuing their kind. The principle that sustains compulsory vaccination is broad enough to cover cutting the Fallopian tubes. . . . Three generations of imbeciles are enough.

During the 1930s researchers and biologists began to denounce the sweeping generalizations concerning heredity in relation to mental and physical disorders. By 1937 both the American Neurological Association and the American Medical Association had criticized the overwhelming emphasis on heredity as a cause of mental retardation, mental illness, pauperism, epilepsy and other disabilities; see Burgdorf, Jr. and Burgdorf, "The Wicked Witch is Almost Dead: *Buck v. Bell* and the Sterilization of Handicapped Persons," 50 *Temp. L.Q.* 995 (1977), at p. 1007. Today, the assumptions made in *Buck v. Bell* are widely discredited; see McIvor, "Equitable Jurisdiction to Order Sterilizations," 57 *Wash. L.R.* 373 (1982), at p. 375; Lachance, "In re *Grady:* The Mentally Retarded Individual's Right to Choose Sterilization," 6 *Am.J.L. & Med.* 559 (1981), at pp. 569-70.

Scientific exposure of the fallacious reasoning of the eugenicists led to a waning of the initial enthusiasm for laws requiring eugenic sterilization. Along with a growing legal recognition of the

enfant qu'on disait arriéré. La Cour, à la majorité, a autorisé la stérilisation de celle-ci malgré les prétentions selon lesquelles une telle attitude violait l'application régulière de la loi quant au fond et quant à la forme ainsi que la protection égale des droits des handicapés. Cet arrêt a constitué le sommet de la théorie eugénique comme l'atteste le jugement frappant du juge Holmes. Il donne le ton à la p. 207:

> [TRADUCTION] Nous avons vu plus d'une fois que le bien-être public peut demander aux meilleurs citoyens de donner leurs vies. Il serait étrange qu'on ne puisse pas demander à ceux qui minent déjà la force de l'État de faire ces sacrifices moins importants, qui souvent ne sont pas perçus comme tels par ceux qui sont visés, pour faire en sorte que l'on ne soit pas submergés par l'incompétence. Il est mieux pour tout le monde si, au lieu d'attendre d'exécuter la progéniture dégénérée pour des crimes ou de les laisser souffrir de la faim en raison de leur imbécilité, la société peut empêcher ceux qui sont manifestement déficients de se reproduire. Le principe sur lequel se fonde la vaccination obligatoire est suffisamment général pour permettre de couper les trompes de Fallope. [. . .] Trois générations d'imbéciles, c'est suffisant.

Au cours des années 1930, les chercheurs et les biologistes ont commencé à dénoncer les généralisations hâtives concernant l'hérédité relativement aux désordres mentaux et physiques. En 1937 l'American Neurological Association et l'American Medical Association ont critiqué la trop grande importance attachée à l'hérédité comme cause de la déficience mentale, de la maladie mentale, de la pauvreté, de l'épilepsie et d'autres déficiences; voir Burgdorf, Jr. and Burgdorf, «The Wicked Witch is Almost Dead: *Buck v. Bell* and the Sterilization of Handicapped Persons,» 50 *Temp. L.Q.* 995 (1977), à la p. 1007. Aujourd'hui, les hypothèses avancées dans l'arrêt *Buck v. Bell* sont largement discréditées; voir McIvor, «Equitable Jurisdiction to Order Sterilizations», 57 *Wash. L.R.* 373 (1982), à la p. 375; Lachance, «In re *Grady*: The Mentally Retarded Individual's Right to Choose Sterilization,» 6 *Am.J.L. & Med.* 559 (1981), aux pp. 569 et 570.

La dénonciation par les milieux scientifiques du raisonnement fallacieux des eugénistes a entraîné une diminution de l'enthousiasme initial pour les lois exigeant la stérilisation eugénique. Parallèle-

fundamental character of the right to procreate, this was sufficient to trigger a reappraisal of the courts' position. Courts became extremely reluctant to order the sterilization of mentally handicapped persons in the absence of specific statutory authority; see Ross, "Sterilization of the Developmentally Disabled: Shedding Some Myth-Conceptions," 9 *Fla. St. U.L. Rev.* 599 (1981). Their *rationale* was that "the awesome power to deprive a human being of his or her fundamental right to bear or beget offspring must be founded on the explicit authorization of the Legislature ..."; *Guardianship of Tulley* App., 146 Cal.Rptr. 266 (1978), at p. 270.

Not surprisingly, this argument has been strongly asserted by some of the parties to the present appeal. Thus, counsel for the Canadian Mental Health Association contended that the weight of authority in the United States is to the effect that there is no inherent jurisdiction in state courts, either by way of the *parens patriae* doctrine or otherwise, to order the sterilization of persons found to be mentally incompetent. For this proposition, he cited *Hudson v. Hudson*, 373 So.2d 310 (Ala. 1979) at pp. 311-12; *Matter of Guardianship of Eberhardy*, 294 N.W.2d 540 (Wis. 1980); Norris, "Recent Developments—Courts—Scope of Authority—Sterilization of Mental Incompetents," 44 *Tenn. L. Rev.* 879 (1977).

The proposition thus advanced would, I think, have been unassailable until a few years ago. Since 1978, however, the tide has changed significantly. The precipitating event appears to have been the decision of the Supreme Court of the United States in *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978). The question at issue there was whether an Indiana judge, who had ordered the sterilization of a "somewhat" retarded child on her mother's petition, was immune from liability in a suit subsequently brought by the incompetent. On obtaining court approval, the mother had had the procedure performed without the knowledge of her daughter who had been led to believe she was undergoing an appendectomy. The daughter discovered her deprivation à une reconnaissance juridique croissante du caractère fondamental du droit de procréer, cela a été suffisant pour déclencher un nouvel examen de la position des tribunaux. Ceux-ci sont devenus très peu disposés à ordonner la stérilisation des personnes atteintes de déficience mentale en l'absence de pouvoirs législatifs précis; voir Ross, «Sterilization of the Developmentally Disabled: Shedding Some Myth-Conceptions,» 9 *Fla. St. U.L. Rev.* 599 (1981). Leur raisonnement était que [TRADUCTION] «le pouvoir terrifiant de priver une personne de son droit fondamental de porter ou d'engendrer une progéniture doit être fondé sur l'autorisation précise de la législature ...»; *Guardianship of Tulley*, App. 146 Cal.Rptr. 266 (1978), à la p. 270.

Comme on pouvait s'y attendre, cet argument a été fortement soutenu par certaines des parties au présent pourvoi. Ainsi, l'avocat de l'Association canadienne pour la santé mentale a soutenu que la jurisprudence et la doctrine aux États-Unis indiquent que les tribunaux des États ne jouissent d'aucune compétence inhérente, soit par la doctrine *parens patriae* soit autrement, pour ordonner la stérilisation des personnes jugées atteintes de déficience mentale. À l'appui de cet argument, il cite *Hudson v. Hudson*, 373 So.2d 310 (Ala. 1979), aux pp. 311 et 312; *Matter of Guardianship of Eberhardy*, 294 N.W.2d 540 (Wis. 1980); Norris, «Recent Developments—Courts—Scope of Authority—Sterilization of Mental Incompetents,» 44 *Tenn. L. Rev.* 879 (1977).

À mon avis, cet argument aurait été inattaquable il y a quelques années encore. Toutefois, depuis 1978, la situation a beaucoup changé. L'événement qui a entraîné ce changement semble avoir été l'arrêt de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Stump v. Sparkman*, 435 U.S. 349 (1978). La question en litige était de savoir si un juge de l'Indiana, qui avait ordonné la stérilisation d'une enfant «quelque peu» arriérée à la demande de sa mère, était protégée contre une poursuite en dommages-intérêts engagée subséquemment par la déficiente. Ayant obtenu l'autorisation du tribunal, la mère a fait pratiquer l'intervention sans que sa fille le sache en lui faisant croire qu'elle subissait une appendicectomie. Sa fille a découvert son état

vation when she subsequently married and attempted to have children. The Supreme Court held that the judge was immune from liability on the basis of an Indiana statute which conferred upon the Indiana circuit court original jurisdiction "in all cases at law and in equity whatsoever".

Though the precise precedential value of the case has been the subject of considerable judicial and scholarly debate, *Stump v. Sparkman* appears nonetheless to have had a catalytic effect. Since that decision, the vast majority of state courts before which the question has been raised have held that they have equitable authority, in the absence of statute, to order sterilization of the mentally retarded; see *Matter of Guardianship of Eberhardy*, 307 N.W.2d 881 (Wis. 1981), at p. 887; *In re Grady*, 426 A.2d 467 (N.J. 1981), at p. 479; *Matter of C.D.M.*, 627 P.2d 607 (Alaska 1981), at p. 612; *Matter of A.W.*, 637 P.2d 366 (Colo. 1981), at p. 374; *Matter of Terwilliger*, 450 A.2d 1376 (Pa. 1982), at pp. 1380-81; *Wentzel v. Montgomery General Hospital, Inc.*, 447 A.2d 1244 (Md. 1982), at p. 1263; *Matter of Moe*, 432 N.E.2d 712 (Mass. 1982), at p. 718; *P.S. by Harbin v. W.S.*, 452 N.E.2d 969 (Ind. 1983), at p. 976; cf. *Hudson v. Hudson*, *supra*. Thus as McIvor, *supra*, at p. 379 concludes, despite *Sparkman v. Stump*'s weakness as a precedent, it "provides a de facto point of departure for the emerging rule recognizing equitable jurisdiction to authorize the nonconsensual sterilization of mentally retarded persons".

The rationale on which state courts have acted in recent years is conveniently summarized in a passage from a pre-*Sparkman* case. In *Matter of Sallmaier*, 378 N.Y.S.2d 989 (1976), the court, basing itself on expert testimony concerning the likelihood of a psychotic reaction to pregnancy, other evidence of psychological and hygienic difficulties, and the patient's proclivity for sexual encounters with men, authorized the sterilization

lorsque par la suite elle s'est mariée et a tenté d'avoir des enfants. La Cour suprême a statué que le juge ne pouvait être tenu responsable en se fondant sur une loi de l'Indiana qui conférait à la Cour de circuit de l'Indiana compétence en première instance [TRADUCTION] «dans toutes les affaires en *common law* et en *equity*».

Bien que sa valeur jurisprudentielle ait fait l'objet de nombreux débats judiciaires et doctrinaux, l'arrêt *Stump v. Sparkman* paraît néanmoins avoir eu un effet de catalyseur. Depuis cet arrêt, la grande majorité des tribunaux des États devant lesquels la question a été soulevée ont statué qu'ils disposaient du pouvoir en *equity*, en l'absence d'une loi, d'ordonner la stérilisation de la personne atteinte de déficience mentale; voir *Matter of Guardianship of Eberhardy*, 307 N.W.2d 881 (Wis. 1981), à la p. 887; *In re Grady*, 426 A.2d 467 (N.J. 1981), à la p. 479; *Matter of C.D.M.*, 627 P.2d 607 (Alaska 1981), à la p. 612; *Matter of A.W.*, 637 P.2d 366 (Colo. 1981), à la p. 374; *Matter of Terwilliger*, 450 A.2d 1376 (P.A. 1982), aux pp. 1380 et 1381; *Wentzel v. Montgomery General Hospital, Inc.*, 447 A.2d 1244 (Md. 1982), à la p. 1263; *Matter of Moe*, 432 N.E.2d 712 (Mass. 1982), à la p. 718; *P.S. by Harbin v. W.S.*, 452 N.E.2d 969 (Ind. 1983), à la p. 976; cf. *Hudson v. Hudson*, précité. Ainsi comme le conclut McIvor, précité, à la p. 379, malgré la faiblesse de l'arrêt *Sparkman v. Stump* comme précédent, il [TRADUCTION] «fournit un point de départ *de facto* pour la nouvelle règle reconnaissant une compétence en matière d'*equity* pour autoriser la stérilisation non consensuelle de personnes atteintes de déficience mentale».

Le raisonnement sur lequel les tribunaux des États se sont fondés pour agir au cours des dernières années est résumé d'une manière pratique dans un passage d'une décision antérieure à l'arrêt *Sparkman*. Dans *Matter of Sallmaier*, 378 N.Y.S.2d 989 (1976), se fondant sur un témoignage d'expert concernant le risque d'une réaction psychotique à la grossesse, sur d'autres témoignages concernant des problèmes psychologiques et hygiéniques et sur la propension de la patiente à avoir des rapports sexuels avec des hommes, la cour a autorisé la stérilisation d'une adulte grave-

of a severely retarded adult woman. The court had this to say, at p. 991:

> The jurisdiction of the court in this proceeding arises not by statute, but from the common law jurisdiction of the Supreme Court to act as *parens patriae* with respect to incompetents. (*Moore v. Flagg*, 137 App.Div. 338, 122 N.Y.S. 174; *Matter of Weberlist*, 79 Misc.2d 753, 360 N.Y.S.2d 783.) The rationale of *parens patriae*, as was stated by the court in *Matter of Weberlist*, *supra*, p. 756, 360 N.Y.S.2d p. 786, is "that the State must intervene in order to protect an individual who is not able to make decisions in his own best interest. The decision to exercise the power of *parens patriae* must reflect the welfare of society, as a whole, but mainly it must balance the individual's right to be free from interference against the individual's need to be treated, if treatment would in fact be in his best interest."

I should perhaps add that subsequent to *Sallmaier*, another New York court expressly refused to authorize sterilization in the absence of legislative guidelines; *Application of A.D.*, 394 N.Y.S.2d 139 (1977).

While many state courts have, in recent cases, been prepared to recognize an inherent power in courts of general jurisdiction to authorize sterilization of mentally incompetent persons, they differ on the standard of review. Two distinct approaches have emerged: the "best interests" approach and the "substituted judgment" approach.

In five of the nine states in which equitable jurisdiction to authorize the non-consensual sterilization of a mentally incompetent person is recognized, that jurisdiction is based on the inherent equitable power of the courts to act in the best interests of the mentally incompetent person; *P.S. by Harbin v. W.S.*, *supra*, (Ind.); *Matter of Terwilliger*, *supra*, (Pa.); *In re Penny N.*, 414 A.2d 541 (N.H. 1980); *Matter of C.D.M.*, *supra*, (Alaska); *In re Eberhardy*, *supra*, (Wis.) The test necessarily leads to uncertainties; see *Matter of Guardianship of Hayes*, 608 P.2d 635 (Wash. 1980), at p. 637, and in an effort to minimize abuses, American courts have developed guidelines to assist in determining whether the best interests

ment arriérée. Voici ce que la cour a dit à la p. 991:

> [TRADUCTION] La compétence de la cour dans cette instance ne découle pas de la loi, mais de la compétence de *common law* de la Cour suprême pour agir à titre de *parens patriae* à l'égard des déficients. (*Moore v. Flagg*, 137 App.Div. 338, 122 N.Y.S. 174; *Matter of Weberlist*, 79 Misc.2d 753, 360 N.Y.S.2d 783.) Le raisonnement sur lequel se fonde la compétence *parens patriae*, comme l'a énoncé la cour dans *Matter of Weberlist*, précité, p. 756, 360 N.Y.S.2d p. 786, porte «que l'État doit intervenir pour protéger une personne qui n'est pas en mesure de prendre des décisions dans son intérêt. La décision d'exercer la compétence *parens patriae* doit correspondre au bien-être de l'ensemble de la société, mais doit principalement établir un équilibre entre le droit de la personne d'être libre contre toute atteinte et son besoin d'être traitée, si le traitement était en fait dans son intérêt.»

Je devrais peut-être ajouter que, après la décision *Sallmaier*, une autre cour de New York a expressément refusé d'autoriser la stérilisation en l'absence de lignes directrices législatives; *Application of A.D.*, 394 N.Y.S.2d 139 (1977).

Même si dans des affaires récentes, un grand nombre de tribunaux des États se sont montrés prêts à reconnaître le pouvoir judiciaire inhérent d'exercer une compétence générale pour autoriser la stérilisation de personnes atteintes de déficience mentale, ils ne s'entendent pas sur la norme d'examen. Il y a deux points de vue distincts: celui de «l'intérêt de la personne» et celui de la «substitution de jugement».

Dans cinq des neufs états dans lesquels la compétence en matière d'*equity* pour autoriser la stérilisation non consensuelle d'une personne atteinte de déficience mentale est reconnue, cette compétence est fondée sur le pouvoir inhérent des tribunaux en matière d'*equity* d'agir dans l'intérêt de la personne atteinte de déficience mentale; *P.S. by Harbin v. W.S.*, précité (Ind.); *Matter of Terwilliger*, précité, (Pa.); *In re Penny N.*, 414 A.2d 541 (N.H. 1980); *Matter of C.D.M.*, précité, (Alaska); *In re Eberhardy*, précité, (Wis.) Le critère soulève nécessairement des incertitudes; voir *Matter of Guardianship of Hayes*, 608 P.2d 635 (Wash. 1980), à la p. 637 et dans un effort pour minimiser les abus, les tribunaux américains ont élaboré des

of the affected person would be furthered through sterilization. MacDonald J. proposed a series of similar guidelines in the present case; see (1981), 115 D.L.R. (3d) 283, at pp. 307-09.

How far American courts would go in allowing sterilization for purely contraceptive purposes is difficult to say with certainty, since the above decisions were at the appeal level where the question was whether courts could exercise jurisdiction. Yet the guidelines put forward in those cases suggest that the courts would have considerable latitude. The facts in *Hayes*, *supra*, where the appeal court remanded the case to the applications judge, are revealing. They are thus stated at p. 637:

Edith Hayes is severely mentally retarded as a result of a birth defect. Now 16 years old, she functions at the level of a four to five year old. Her physical development, though, has been commensurate with her age. She is thus capable of conceiving and bearing children, while being unable at present to understand her own reproductive functions or exercise independent judgment in her relationship with males. Her mother and doctors believe she is sexually active and quite likely to become pregnant. Her parents are understandably concerned that Edith is engaging in these sexual activities. Furthermore, her parents and doctors feel the long term effects of conventional birth control methods are potentially harmful, and that sterilization is the most desirable method to ensure that Edith does not conceive an unwanted child.

Edith's parents are sensitive to her special needs and concerned about her physical and emotional health, both now and in the future. They have sought appropriate medical care and education for her, and provided her with responsible and adequate supervision. During the year or so that Edith has been capable of becoming pregnant, though, they have become frustrated, depressed and emotionally drained by the stress of seeking an effective and safe method of contraception. They believe it is impossible to supervise her activities closely enough to prevent her from becoming involved in sexual relations. Thus, with the consent of Edith's father, Sharon Hayes petitioned for an order appointing her guardian and authorizing a sterilization procedure for Edith.

lignes directrices pour aider à déterminer si la stérilisation serait dans l'intérêt de la personne visée. Le juge MacDonald a proposé une série de lignes directices semblables en l'espèce; voir (1981), 115 D.L.R. (3d) 283, aux pp. 307 à 309.

Il est difficile de dire avec certitude jusqu'où iraient les tribunaux américains pour permettre la stérilisation à des fins purement contraceptives étant donné que les cours d'appel étaient saisies des affaires susmentionnées pour trancher la question de compétence des tribunaux. Toutefois, les directives énoncées dans ces affaires laissent croire que les tribunaux jouiraient d'une grande lattitude. Les faits de l'arrêt *Hayes*, précité, dans lequel la Cour d'appel a renvoyé l'affaire devant le juge des requêtes, sont parlants. Voici comment ils sont exposés à la p. 637:

[TRADUCTION] Edith Hayes est atteinte de déficience mentale grave par suite d'un problème à la naissance. Elle est maintenant âgée de 16 ans et agit comme une enfant de 4 à 5 ans. Toutefois, son développement physique correspond à son âge. Elle est donc capable de concevoir et de porter des enfants, tout en étant incapable à l'heure actuelle de comprendre ses propres fonctions de reproduction ou d'exercer un jugement indépendant dans ses rapports avec les personnes de sexe masculin. Sa mère et le médecin croient qu'elle est active sexuellement et susceptible de devenir enceinte. Il va sans dire que les parents d'Edith sont inquiets parce qu'elle a ces rapports sexuels. En outre, ses parents et les médecins estiment que les effets à long terme des méthodes conventionnelles de contraception peuvent être dangereuses et que la stérilisation est la méthode la plus souhaitable pour veiller à ce que Edith ne conçoive pas un enfant non désiré.

Les parents d'Edith sont sensibilisés à ses besoins spéciaux et se préoccupent de sa santé physique et émotionnelle actuelle et à venir. Ils ont cherché à lui donner des soins médicaux et une éducation appropriés et à lui fournir une surveillance responsable et adéquate. Toutefois, depuis qu'Edith peut devenir enceinte, soit un an environ, ils sont devenus frustrés, déprimés et émotionnellement vidés par le stress d'avoir à chercher une méthode de contraception efficace et sûre. Ils croient qu'il est impossible de surveiller ses activités d'assez près pour l'empêcher d'avoir des rapports sexuels. Par conséquent, avec le consentement du père d'Edith, Sharon Hayes a demandé une ordonnance la nommant tutrice de celle-ci et autorisant la stérilisation d'Edith.

As noted, these facts indicate that the courts of the United States, in acting under the best interests test have a very wide discretion.

The second approach, the substituted judgment test, raises *Charter* implications about which I shall have more to say later. This test was first applied in the context of the sterilization of a mentally incompetent by the New Jersey Supreme Court in *In re Grady*, *supra*. In affirming a lower court's grant of the petition of the parents to sterilize their adult daughter, a victim of Down's Syndrome, the court based its decision on an analysis of the daughter's rights. It began by recognizing that any court-authorized sterilization potentially violates the right to procreate, which it described as "fundamental to the very existence and survival of the race". However, the court went on to distinguish the situation before it from both voluntary and compulsory sterilization on the ground that the individual there had not expressed a desire to be sterilized or not to be sterilized, but was simply incapable of indicating her will either way. It then reviewed the U.S. Supreme Court decisions dealing with privacy and contraception and concluded that they supported a broad personal right to control contraception which included an affirmative constitutional right to voluntary sterilization. Given that there was also a right to be free from non-consensual bodily invasions, the individual was free to choose which of those two rights to exercise.

The *Grady* court held that in order for this choice to be meaningful, mental incompetence should not be permitted to prevent an individual from exercising it. The court, relying on the famous case of *Matter of Quinlan*, 355 A.2d 647 (N.J. 1976), recognized judicial power to make that choice in instances where limited mental capacity has rendered a person's own right to choose meaningless. The Supreme Courts of Massachusetts and Colorado later adopted this approach in *Moe*, *supra* and *A.W.*, *supra*, respectively.

Comme il a été mentionné, ces faits indiquent que les tribunaux des États-Unis, en agissant selon le critère de l'intérêt de la personne, disposent d'un très grand pouvoir discrétionnaire.

Le second point de vue, le critère de la substitution de jugement, soulève des problèmes en ce qui a trait à la *Charte*, et j'y reviendrai plus loin. Ce critère a d'abord été appliqué, dans le contexte de la stérilisation d'une personne atteinte de déficience mentale, par la Cour suprême du New Jersey dans *In re Grady*, précité. En confirmant la décision du tribunal d'instance inférieure de faire droit à la requête des parents en vue de stériliser leur fille adulte, atteinte du syndrome de Down, la cour a fondé sa décision sur une analyse des droits de la jeune fille. Elle a commencé par reconnaître qu'une stérilisation autorisée par la cour était susceptible de violer le droit de procréer, qui est décrit comme [TRADUCTION] «fondamental à l'égard de l'existence et de la survie mêmes de la race». Toutefois, la cour a poursuivi en établissant une distinction entre la situation qui lui était présentée et la stérilisation volontaire et obligatoire sur le fondement que la personne dans cette affaire n'avait pas exprimé le désir d'être stérilisée ou non, mais était simplement incapable d'indiquer ce qu'elle voulait. Elle a alors examiné les décisions de la Cour suprême des États-Unis qui traitaient de la vie privée et de la contraception et a conclu qu'elles appuyaient un large droit personnel permettant de contrôler la contraception qui comprenait le droit positif constitutionnel à la stérilisation volontaire. Compte tenu de son droit d'être protégée contre une atteinte sans consentement à l'intégrité corporelle, la personne était libre de choisir lequel de ces deux droits elle voulait exercer.

Dans l'arrêt *Grady*, la cour a statué que, pour que ce choix ait un sens, la déficience mentale ne devrait pas empêcher une personne de l'exercer. Se fondant sur la célèbre décision *Matter of Quinlan*, 355 A.2d 647 (N.J. 1976), la cour a reconnu le pouvoir des tribunaux d'exercer ce choix dans les cas où une capacité mentale limitée a enlevé tout sens au droit de choisir d'une personne. Les Cours suprême du Massachusetts et du Colorado ont par la suite adopté ce point de vue respectivement dans *Moe* et *A.W.*, précités.

The primary purpose of the substituted judgment test is to attempt to determine what decision the mental incompetent would make, if she were reviewing her situation as a competent person, but taking account of her mental incapacity as one factor in her decision. It allows the court to consider a number of factors bearing directly upon the condition of the mental incompetent. Thus the court may consider such issues as the values of the incompetent, any religious beliefs held by her, and her societal views as expressed by her family. In essence, an attempt is made to determine the actual interests and preferences of the mental incompetent. This, it is thought, recognizes her moral dignity and right to free choice. Since the incompetent cannot exercise that choice herself, the court does so on her behalf. The fact that a mental incompetent is, either because of age or mental disability, unable to provide any aid to the court in its decision does not preclude the use of the substituted judgment test.

Le principal objectif du critère de la substitution de jugement est de tenter de déterminer quelle décision prendrait la personne atteinte de déficience mentale si elle étudiait sa situation comme une personne saine d'esprit, mais en tenant compte de ses déficiences comme facteur de sa décision. Ce critère permet au tribunal de tenir compte d'un certain nombre de facteurs qui portent directement sur l'état de la personne atteinte de déficience mentale. Le tribunal peut donc examiner des questions comme les valeurs de cette personne, ses croyances religieuses et ses opinions à l'égard de la société telles qu'elles sont exprimées par sa famille. Essentiellement, on tente de déterminer les intérêts et les préférences réelles du déficient. Ce critère, croit-on, reconnaît au déficient sa dignité morale et son droit à un libre choix. Étant donné que la personne atteinte de déficience mentale ne peut exercer ce choix elle-même, le tribunal le fait pour elle. Le fait qu'un déficient est, en raison de son âge ou de sa déficience mentale, incapable d'aider le tribunal dans sa décision, n'empêche pas d'utiliser le critère de la substitution de jugement.

The respondent submitted that this test should be adopted in this country. As in the case of the best interests test, various guidelines have been developed by the courts in the United States to ensure the proper use of this test.

L'intimée a soutenu que ce critère devrait être adopté au pays. Comme dans le cas du critère de l'intérêt de la personne, diverses lignes directrices ont été élaborées par les tribunaux américains pour veiller à ce que ces critères soient utilisés d'une manière appropriée.

Summary and Disposition

In the foregoing discussion, I have attempted to set forth the legal background relevant to the question whether a court may, or in this case, ought to authorize consent to non-therapeutic sterilization. Before going on, it may be useful to summarize my views on the *parens patriae* jurisdiction. From the earliest time, the sovereign, as *parens patriae*, was vested with the care of the mentally incompetent. This right and duty, as Lord Eldon noted in *Wellesley v. Duke of Beaufort*, *supra* at 2 Russ., at p. 20, 38 E.R., at p. 243 is founded on the obvious necessity that the law should place somewhere the care of persons who are not able to take care of themselves. In early

Résumé et conclusion

Dans l'analyse qui précède, j'ai tenté d'établir le fondement juridique de la question de savoir si un tribunal peut, ou en l'espèce, devrait autoriser qu'il soit consenti à une stérilisation non thérapeutique. Avant d'aller plus loin, il peut être utile de résumer mon opinion au sujet de la compétence *parens patriae*. Depuis très longtemps, le souverain, à titre de *parens patriae*, est chargé de prendre soin des déficients mentaux. Ce droit et ce devoir, comme lord Eldon l'a souligné dans *Wellesley v. Duke of Beaufort*, précité à 2 Russ., à la p. 20, 38 E.R. à la p. 243, sont fondés sur la nécessité évidente qu'en droit quelqu'un doit avoir soin des personnes qui ne sont pas en mesure de prendre soin d'elles-

England, the *parens patriae* jurisdiction was confined to mental incompetents, but its *rationale* is obviously applicable to children and, following the transfer of that jurisdiction to the Lord Chancellor in the seventeenth century, he extended it to children under wardship, and it is in this context that the bulk of the modern cases on the subject arise. The *parens patriae* jurisdiction was later vested in the provincial superior courts of this country, and in particular, those of Prince Edward Island.

The *parens patriae* jurisdiction is, as I have said, founded on necessity, namely the need to act for the protection of those who cannot care for themselves. The courts have frequently stated that it is to be exercised in the "best interest" of the protected person, or again, for his or her "benefit" or "welfare".

The situations under which it can be exercised are legion; the jurisdiction cannot be defined in that sense. As Lord MacDermott put it in *J. v. C.*, [1970] A.C. 668, at p. 703, the authorities are not consistent and there are many twists and turns, but they have inexorably "moved towards a broader discretion, under the impact of changing social conditions and the weight of opinion . . . ." In other words, the categories under which the jurisdiction can be exercised are never closed. Thus I agree with Latey J. in *Re X*, *supra*, at p. 699, that the jurisdiction is of a very broad nature, and that it can be invoked in such matters as custody, protection of property, health problems, religious upbringing and protection against harmful associations. This list, as he notes, is not exhaustive.

What is more, as the passage from *Chambers* cited by Latey J. underlines, a court may act not only on the ground that injury to person or property has occurred, but also on the ground that such injury is apprehended. I might add that the jurisdiction is a carefully guarded one. The courts will not readily assume that it has been removed by legislation where a necessity arises to protect a person who cannot protect himself.

mêmes. Au début de l'histoire de l'Angleterre, la compétence *parens patriae* visait uniquement les déficients mentaux, mais de toute évidence son raisonnement s'applique aux enfants et, par suite du transfert de ce pouvoir au lord chancelier au XVII[e] siècle, il a visé les enfants sous tutelle et c'est dans ce contexte que sont soulevées la majorité des affaires modernes. La compétence *parens patriae* a plus tard été attribuée aux cours supérieures des provinces de ce pays, et en particulier, à celle de l'Île-du-Prince-Édouard.

La compétence *parens patriae* est, comme je l'ai dit, fondée sur la nécessité, c.-à-d. le besoin d'agir pour protéger ceux qui ne peuvent prendre soin d'eux-mêmes. Les tribunaux ont souvent déclaré qu'elle devait être exercée dans «l'intérêt» de la personne protégée ou encore, à son «avantage» ou pour son «bien-être».

Les situations à l'égard desquelles elle peut être exercée sont légion; la compétence ne peut être définie dans ce sens. Comme lord MacDermott l'a dit dans *J. v. C.*, [1970] A.C. 668, à la p. 703, la jurisprudence et la doctrine ne sont pas uniformes et il y a beaucoup de méandres mais ils se sont inexorablement [TRADUCTION] «dirigés vers un pouvoir discrétionnaire plus large, sous l'effet du changement des conditions sociales et du poids de l'opinion . . . » En d'autres termes, les catégories à l'égard desquelles la compétence peut être exercée ne sont jamais closes. Je conviens donc avec le juge Latey dans l'affaire *Re X*, précitée, à la p. 699, que la compétence est d'une nature très large et qu'elle peut être invoquée dans des questions comme la garde, la protection des biens, les problèmes de santé, l'enseignement religieux et la protection contre les relations dangereuses. Cette liste, comme il le souligne, n'est pas exhaustive.

Qui plus est, comme le souligne le passage de l'arrêt *Chambers* cité par le juge Latey, un tribunal peut agir non seulement pour le motif qu'une personne ou un bien a subi un préjudice, mais également pour le motif que l'on s'attend à ce qu'un tel préjudice se produise. Je pourrais ajouter que cette compétence est soigneusement protégée. Les tribunaux ne présumeront pas facilement qu'elle a été enlevée par un texte législatif quand il est nécessaire de protéger une personne qui ne peut le faire elle-même.

I have no doubt that the jurisdiction may be used to authorize the performance of a surgical operation that is necessary to the health of a person, as indeed it already has been in Great Britain and this country. And by health, I mean mental as well as physical health. In the United States, the courts have used the *parens patriae* jurisdiction on behalf of a mentally incompetent to authorize chemotherapy and amputation, and I have little doubt that in a proper case our courts should do the same. Many of these instances are related in *Strunk v. Strunk*, 445 S.W.2d 145 (Ky. 1969), where the court went to the length of permitting a kidney transplant between brothers. Whether the courts in this country should go that far, or as in *Quinlan*, permit the removal of life-sustaining equipment, I leave to later disposition.

Though the scope or sphere of operation of the *parens patriae* jurisdiction may be unlimited, it by no means follows that the discretion to exercise it is unlimited. It must be exercised in accordance with its underlying principle. Simply put, the discretion is to do what is necessary for the protection of the person for whose benefit it is exercised; see the passages from the reasons of Sir John Pennycuick in *Re X*, at pp. 706-07, and Heilbron J. in *Re D*, at p. 332, cited earlier. The discretion is to be exercised for the benefit of that person, not for that of others. It is a discretion, too, that must at all times be exercised with great caution, a caution that must be redoubled as the seriousness of the matter increases. This is particularly so in cases where a court might be tempted to act because failure to do so would risk imposing an obviously heavy burden on some other individual.

There are other reasons for approaching an application for sterilization of a mentally incompetent person with the utmost caution. To begin with, the decision involves values in an area where our social history clouds our vision and encourages many to perceive the mentally handicapped as somewhat less than human. This attitude has been

Je n'ai aucun doute que la compétence peut être utilisée pour autoriser une intervention chirurgicale qui est nécessaire pour la santé d'une personne, comme en fait on l'a déjà utilisée en Grande-Bretagne et au pays. De plus, par le terme santé, je vise la santé mentale aussi bien que physique. Aux États-Unis, les tribunaux ont utilisé la compétence *parens patriae* au nom d'une personne atteinte de déficience mentale pour autoriser la chimiothérapie et l'amputation, et je ne doute pas que, dans un cas approprié, nos tribunaux fassent la même chose. Un grand nombre de ces affaires sont relatées dans l'arrêt *Strunk v. Strunk*, 445 S.W.2d 145 (Ky. 1969), où la cour est allée jusqu'à permettre une transplantation rénale entre frères. La question de savoir si les tribunaux de ce pays devraient aller aussi loin, ou comme dans *Quinlan*, permettre le débranchement d'un appareil essentiel au maintien de la vie, pourra être tranchée ultérieurement.

Bien que la portée ou le cadre d'utilisation de la compétence *parens patriae* puisse être illimité, il n'en découle absolument pas que le pouvoir discrétionnaire de l'exercer soit illimité. Elle doit être exercée conformément à son principe sous-jacent. Tout simplement, le pouvoir discrétionnaire permet de faire ce qui est nécessaire pour protéger la personne à l'avantage de laquelle il est exercé; voir les passages des motifs de sir John Pennycuick dans *Re X*, aux pp. 706 et 707 et du juge Heilbron dans *Re D*, à la p. 332, précité. Le pouvoir discrétionnaire doit être exercé à l'avantage de cette personne mais pas pour celui des autres. Il s'agit également d'un pouvoir discrétionnaire qui doit en tout temps être exercé avec une grande prudence dont il faut redoubler selon que la gravité d'une affaire augmente. C'est particulièrement le cas lorsqu'un tribunal peut être tenté d'agir parce que le défaut de le faire risquerait d'imposer un fardeau manifestement lourd à d'autres personnes.

Il y a d'autres motifs pour examiner avec la plus grande prudence une demande de stérilisation d'une personne atteinte de déficience mentale. Tout d'abord, la décision comporte des valeurs dans un domaine où notre histoire sociale brouille notre vision et encourage nombre de gens à percevoir l'handicapé mental comme moins humain.

aided and abetted by now discredited eugenic theories whose influence was felt in this country as well as the United States. Two provinces, Alberta and British Columbia, once had statutes providing for the sterilization of mental defectives; *The Sexual Sterilization Act*, R.S.A. 1970, c. 341, repealed by S.A. 1972, c. 87; *Sexual Sterilization Act*, R.S.B.C. 1960, c. 353, s. 5(1), repealed by S.B.C. 1973, c. 79.

Moreover, the implications of sterilization are always serious. As we have been reminded, it removes from a person the great privilege of giving birth, and is for practical purpose irreversible. If achieved by means of a hysterectomy, the procedure approved by the Appeal Division, it is not only irreversible; it is major surgery. Here, it is well to recall Lord Eldon's admonition in *Wellesley*'s case, *supra*, at 2 Russ. p. 18, 38 E.R. p. 242, that "it has always been the principle of this Court, not to risk the incurring of damage to children which it cannot repair, but rather to prevent the damage being done". Though this comment was addressed to children, who were the subject matter of the application, it aptly describes the attitude that should always be present in exercising a right on behalf of a person who is unable to do so.

Another factor merits attention. Unlike most surgical procedures, sterilization is not one that is ordinarily performed for the purpose of medical treatment. The Law Reform Commission of Canada tells us this in *Sterilization*, Working Paper 24 (1979), a publication to which I shall frequently refer as providing a convenient summary of much of the work in the field. It says at p. 3:

> Sterilization as a medical procedure is distinct, because except in rare cases, if the operation is not performed, the *physical* health of the person involved is not in danger, necessity or emergency not normally being factors in the decision to undertake the procedure. In addition to its being elective it is for all intents and purposes irreversible.

Cette attitude a été aidée et encouragée par les théories eugéniques qui sont maintenant discréditées, mais dont l'influence se faisait sentir au pays aussi bien qu'aux États-Unis. Deux provinces, l'Alberta et la Colombie-Britannique, ont déjà eu des lois prévoyant la stérilisation des déficients mentaux; *The Sexual Sterilization Act*, R.S.A. 1970, chap. 341, abrogée par S.A. 1972, chap. 87; *Sexual Sterilization Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 353, par. 5(1), abrogée par S.B.C. 1973, chap. 79.

En outre, les conséquences de la stérilisation sont toujours graves. Comme on nous l'a rappelé, la stérilisation enlève à une personne le grand privilège de procréer et est à toute fin pratique irréversible. Si elle est effectuée par hystérectomie, l'acte médical approuvé par la Division d'appel, elle est non seulement irréversible, mais il s'agit d'une intervention chirurgicale majeure. En l'espèce, il convient de rappeler l'avertissement de lord Eldon dans *Wellesley*, précité, à 2 Russ. p. 18, 38 E.R. p. 242, selon lequel [TRADUCTION] «cette Cour a toujours eu pour principe de ne pas risquer de causer un préjudice irréparable aux enfants mais plutôt d'empêcher que le préjudice soit causé». Bien que cette remarque visât les enfants, qui faisaient l'objet de la demande, elle décrit avec justesse l'attitude qui devrait toujours être adoptée lorsqu'on exerce un droit au nom d'une personne qui est incapable de le faire.

Un autre facteur mérite d'être examiné. Contrairement à la plupart des interventions chirurgicales, la stérilisation n'est pas habituellement exécutée à des fins de traitement médical. C'est ce que la Commission de réforme du droit du Canada nous dit dans *Stérilisation*, document de travail 24 (1979), une publication que je mentionnerai fréquemment car elle donne un résumé pratique du travail qui a été accompli dans ce domaine. Elle dit à la p. 3:

> En tant que technique médicale, la stérilisation présente des caractéristiques particulières. D'une part, sauf circonstances rares, l'intervention peut très bien n'être pas pratiquée sans pour cela mettre en danger la santé *physique* de la personne concernée. Normalement, la nécessité ou l'urgence ne sont donc pas des facteurs qui entrent en jeu dans la décision de procéder à cette intervention. D'autre part, en plus d'être facultative, elle est, en pratique, irréversible.

As well, there is considerable evidence that non-consensual sterilization has a significant negative psychological impact on the mentally handicapped; see *Sterilization*, *supra*, at pp. 49-52. The Commission has this to say at p. 50:

> It has been found that, like anyone else, the mentally handicapped have individually varying reactions to sterilization. Sex and parenthood hold the same significance for them as for other people and their misconceptions and misunderstandings are also similar. Rosen maintains that the removal of an individual's procreative powers is a matter of major importance and that no amount of *reforming zeal* can remove the significance of sterilization and its effect on the individual psyche.
>
> In a study by Sabagh and Edgerton, it was found that sterilized mentally retarded persons tend to perceive sterilization as a symbol of *reduced* or *degraded* status. Their attempts to *pass for normal* were hindered by negative self perceptions and resulted in withdrawal and isolation rather than striving to conform . . . .
>
> The psychological impact of sterilization is likely to be particularly damaging in cases where it is a result of coercion and when the mentally handicapped have had no children.

In the present case, there is no evidence to indicate that failure to perform the operation would have any detrimental effect on Eve's physical or mental health. The purposes of the operation, as far as Eve's welfare is concerned, are to protect her from possible trauma in giving birth and from the assumed difficulties she would have in fulfilling her duties as a parent. As well, one must assume from the fact that hysterectomy was ordered, that the operation was intended to relieve her of the hygienic tasks associated with menstruation. Another purpose is to relieve Mrs. E. of the anxiety that Eve might become pregnant, and give birth to a child, the responsibility for whom would probably fall on Mrs. E.

I shall dispose of the latter purpose first. One may sympathize with Mrs. E. To use Heilbron J.'s phrase, it is easy to understand the natural feelings of a parent's heart. But the *parens patriae* jurisdiction cannot be used for her benefit. Its exercise is confined to doing what is necessary for the benefit

De même, il y a beaucoup d'éléments de preuve selon lesquels la stérilisation sans consentement a un effet psychologique négatif important sur la personne handicapée mentale; voir *La stérilisation*, précité, aux pp. 54 à 57. Voici ce que la Commission a dit à la p. 55:

> On a constaté en outre que le sexe et le désir d'être parent ont la même importance pour elle que pour les autres et comportent les mêmes conceptions erronées et les mêmes incompréhensions. Rosen avance que l'empêchement de procréer pour un individu est une chose d'importance cruciale et donc qu'aucun *zèle réformateur* ne doit faire oublier les conséquences psychologiques profondes de la stérilisation sur l'individu, non plus que ses effets.
>
> Une étude de Sabagh et Edgerton montre que les personnes mentalement retardées ont tendance à percevoir la stérilisation comme le symbole d'une réduction ou d'une dégradation de leur statut. Chez les personnes observées, les efforts pour paraître *normales* étaient en effet compromis par une perception de soi négative et entraînèrent des attitudes de retrait et d'isolement plutôt que de favoriser des tentatives d'adaptation . . .
>
> L'effet psychologique de la stérilisation peut être particulièrement dommageable dans les cas où elle résulte de la coercition et est imposée à des handicapés mentaux qui n'ont jamais eu d'enfants.

En l'espèce, aucun élément de preuve n'indique que ne pas pratiquer l'opération aurait un effet préjudiciable sur la santé physique ou mentale d'Eve. L'opération a pour objet, dans la mesure où le bien-être d'Eve est visé, de la protéger du traumatisme possible de l'accouchement et des problèmes qu'elle pourrait avoir pour remplir ses obligations de parent. De même, le fait que l'on a ordonné une hystérectomie permet de présumer que l'opération était destinée à la soulager des obligations en matière d'hygiène associées aux menstruations. L'opération a également pour but de soulager M^me E. de l'inquiétude qu'Eve puisse devenir enceinte et donne naissance à un enfant dont la responsabilité lui incomberait probablement.

Je suis d'avis de régler en premier lieu ce dernier aspect. On peut avoir de la sympathie pour M^me E. Pour employer l'expression du juge Heilbron, il est facile de comprendre les sentiments naturels d'un parent. Toutefois, la compétence *parens patriae* ne peut être utilisée à son avantage. Elle doit être

and protection of persons under disability like Eve. And a court, as I previously mentioned, must exercise great caution to avoid being misled by this all too human mixture of emotions and motives. So we are left to consider whether the purposes underlying the operation are necessarily for Eve's benefit and protection.

The justifications advanced are the ones commonly proposed in support of non-therapeutic sterilization (see *Sterilization*, *passim*). Many are demonstrably weak. The Commission dismisses the argument about the trauma of birth by observing at p. 60:

> For this argument to be held valid would require that it could be demonstrated that the stress of delivery was greater in the case of mentally handicapped persons than it is for others. Considering the generally known wide range of post-partum response would likely render this a difficult case to prove.

The argument relating to fitness as a parent involves many value-loaded questions. Studies conclude that mentally incompetent parents show as much fondness and concern for their children as other people; see *Sterilization*, *supra*, p. 33 et seq., 63-64. Many, it is true, may have difficulty in coping, particularly with the financial burdens involved. But this issue does not relate to the benefit of the incompetent; it is a social problem, and one, moreover, that is not limited to incompetents. Above all it is not an issue that comes within the limited powers of the courts, under the *parens patriae* jurisdiction, to do what is necessary for the benefit of persons who are unable to care for themselves. Indeed, there are human rights considerations that should make a court extremely hesitant about attempting to solve a social problem like this by this means. It is worth noting that in dealing with such issues, provincial sterilization boards have revealed serious differences in their attitudes as between men and women, the poor and

exercée pour faire ce qui est nécessaire à l'avantage des personnes atteintes de déficience comme Eve et pour les protéger. En outre, un tribunal, comme je l'ai mentionné précédemment, doit faire preuve d'une grande prudence pour éviter d'être induit en erreur par ce mélange trop humain de sentiment et de raison. Alors nous devons examiner les fins pour lesquelles l'opération est demandée pour voir si elles sont nécessairement à l'avantage d'Eve et pour sa protection.

Les justifications sont celles qui sont habituellement proposées à l'appui de la stérilisation non thérapeutique (voir *Stérilisation*, *passim*). Un grand nombre sont de toute évidence faibles. La Commission rejette l'argument relatif au traumatisme de la naissance en soulignant à la p. 67:

> Toutefois pour maintenir cet argument, il faudrait pouvoir prouver que le stress causé par l'accouchement est plus grand chez les personnes mentalement handicapées que chez les autres. Cette preuve semble difficile à faire. Il est à peine besoin à cet égard de mentionner, tant elle est connue, la grande variété des réactions post-natales.

L'argument relatif à la capacité d'agir à titre de parents comporte un grand nombre de questions de valeurs. Des études concluent que les parents atteints de déficience mentale ont autant d'affection et d'attention pour leurs enfants que les autres personnes; voir *La stérilisation*, précité, p. 34 et suiv., 70 et 71. Il est vrai qu'un grand nombre peuvent avoir des difficultés pour se débrouiller, en particulier face au fardeau financier qui en découle. Toutefois, cette question ne se rapporte pas à l'avantage de l'incapable; il s'agit d'un problème social et, en outre, un problème qui ne se limite pas aux incapables. Par-dessus tout il ne s'agit pas d'une question qui relève des pouvoirs limités des tribunaux, en vertu de la compétence *parens patriae*, de faire ce qui est nécessaire pour le bien-être des personnes qui ne sont pas en mesure de prendre soin d'elles-même. En fait, il y a des considérations relatives aux droits de la personne qui devraient faire beaucoup hésiter un tribunal avant de tenter de résoudre un problème social comme celui-ci par ce moyen. Il convient de souligner que, dans l'examen de ces questions, les comités provinciaux de stérilisation ont démontré de profondes divergences dans leurs attitudes envers les hommes et les femmes, les pauvres et les

the rich, and people of different ethnic backgrounds; see *Sterilization*, *supra*, at p. 44.

As far as the hygienic problems are concerned, the following view of the Law Reform Commission (at p. 34) is obviously sound:

> ... if a person requires a great deal of assistance in managing their own menstruation, they are also likely to require assistance with urinary and fecal control, problems which are much more troublesome in terms of personal hygiene.

Apart from this, the drastic measure of subjecting a person to a hysterectomy for this purpose is clearly excessive.

The grave intrusion on a person's rights and the certain physical damage that ensues from non-therapeutic sterilization without consent, when compared to the highly questionable advantages that can result from it, have persuaded me that it can never safely be determined that such a procedure is for the benefit of that person. Accordingly, the procedure should never be authorized for non-therapeutic purposes under the *parens patriae* jurisdiction.

To begin with, it is difficult to imagine a case in which non-therapeutic sterilization could possibly be of benefit to the person on behalf of whom a court purports to act, let alone one in which that procedure is necessary in his or her best interest. And how are we to weigh the best interests of a person in this troublesome area, keeping in mind that an error is irreversible? Unlike other cases involving the use of the *parens patriae* jurisdiction, an error cannot be corrected by the subsequent exercise of judicial discretion. That being so, one need only recall Lord Eldon's remark, *supra*, that "it has always been the principle of this Court, not to risk damage to children which it cannot repair" to conclude that non-therapeutic sterilization may not be authorized in the exercise of the *parens patriae* jurisdiction. McQuaid J. was, therefore, right in concluding that he had no authority or jurisdiction to grant the application.

riches, et les personnes d'origine ethniques différentes; voir *La stérilisation*, précité, à la p. 48.

Pour ce qui est des problèmes d'hygiène, l'opinion suivante de la Commission de réforme du droit (à la p. 37) est de toute évidence fondée:

> Il est d'ailleurs probable qu'une personne qui doit être assistée pour son hygiène menstruelle devra l'être aussi pour le contrôle urinaire et fécal, problèmes d'hygiène qui causent encore plus d'ennuis.

Outre ces raisons, la mesure sévère qui consiste à soumettre une personne à une hystérectomie à cette fin, est clairement excessive.

La comparaison entre la grave atteinte au droit d'une personne et le préjudice physique certain qui découle d'une stérilisation non thérapeutique sans consentement, et les avantages très douteux qui peuvent en résulter, m'a persuadé qu'on ne peut jamais déterminer d'une manière certaine qu'un tel acte médical est à l'avantage de cette personne. Par conséquent, l'acte médical ne devrait jamais être autorisé à des fins non thérapeutiques en vertu de la compétence *parens patriae*.

Tout d'abord, il est difficile d'imaginer un cas où la stérilisation non thérapeutique pourrait être à l'avantage de la personne au nom de laquelle la cour se propose d'agir, sans parler d'un cas où l'acte médical est nécessaire dans l'intérêt de la personne. Et comment allons-nous soupeser l'intérêt d'une personne dans ce domaine délicat, en gardant à l'esprit qu'une erreur est irréversible? À la différence des autres cas où la compétence *parens patriae* entre en jeu, le tribunal ne peut pas rectifier une erreur par l'exercice ultérieur de son pouvoir discrétionnaire. Ceci étant, il suffit de rappeler la remarque de lord Eldon, précitée, que [TRADUCTION] «cette Cour a toujours eu pour principe de ne pas risquer de causer un préjudice irréparable aux enfants mais plutôt d'empêcher que le préjudice soit causé», pour conclure qu'une stérilisation non thérapeutique ne peut être autorisée dans l'exercice de la compétence *parens patriae*. Le juge McQuaid a donc eu raison de conclure qu'il n'avait pas le pouvoir ni la compétence pour accorder la demande.

Nature or the advances of science may, at least in a measure, free Eve of the incapacity from which she suffers. Such a possibility should give the courts pause in extending their power to care for individuals to such irreversible action as we are called upon to take here. The irreversible and serious intrusion on the basic rights of the individual is simply too great to allow a court to act on the basis of possible advantages which, from the standpoint of the individual, are highly debatable. Judges are generally ill-informed about many of the factors relevant to a wise decision in this difficult area. They generally know little of mental illness, of techniques of contraception or their efficacy. And, however well presented a case may be, it can only partially inform. If sterilization of the mentally incompetent is to be adopted as desirable for general social purposes, the legislature is the appropriate body to do so. It is in a position to inform itself and it is attuned to the feelings of the public in making policy in this sensitive area. The actions of the legislature will then, of course, be subject to the scrutiny of the courts under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and otherwise.

La nature de la recherche scientifique ou les progrès dans ce domaine peuvent, du moins dans une certaine mesure, faire disparaître l'incapacité dont Eve souffre. Une telle possibilité devrait faire hésiter les tribunaux à étendre leur pouvoir de s'occuper des personnes jusqu'à prendre une mesure irréversible comme on nous demande de le faire en l'espèce. L'atteinte irréversible et grave des droits fondamentaux d'une personne est simplement trop grande pour permettre à un tribunal d'agir sur le fondement d'avantages possibles qui, du point de vue de la personne, sont extrêmement contestables. Les juges sont généralement mal renseignés sur un grand nombre de facteurs qui seraient pertinents pour rendre une sage décision dans ce domaine difficile. Ils connaissent généralement peu de choses de la maladie mentale, des techniques de contraception ou de leur efficacité. De plus, même si l'affaire est bien présentée, elle ne peut seulement que donner des renseignements partiels. Si la stérilisation du déficient mental doit être pratiquée parce qu'elle est souhaitable à des fins sociales générales, la législature est le corps approprié pour en décider. Elle est dans une position qui lui permet de se renseigner et elle est au courant des sentiments du public pour adopter une politique dans ce domaine délicat. Évidemment, les actions de la législature seront alors assujetties à l'examen minutieux des tribunaux aux termes de la *Charte canadienne des droits et libertés* et autrement.

Many of the factors I have referred to as showing that the best interests test is simply not a sufficiently precise or workable tool to permit the *parens patriae* power to be used in situations like the present are referred to in *Matter of Guardianship of Eberhardy*, *supra*. Speaking for the court in that case, Heffernan J. had this to say, at p. 894:

> Under the present state of the law, the only guideline available to circuit courts faced with this problem appears to be the "best interests" of the person to be sterilized. This is a test that has been used for a number of years in this jurisdiction and elsewhere in the determination of the custody of children and their placement—in some circumstances placement in a controlled environment . . . No one who has dealt with this standard has expressed complete satisfaction with it. It is not an objective test, and it is not intended to be. The

Plusieurs des facteurs que j'ai mentionnés et qui indiquent que le critère de l'intérêt de la personne n'est pas un outil suffisamment précis ni pratique pour permettre qu'on utilise la compétence *parens patriae* dans des situations comme la présente, sont mentionnés dans *Matter of Guardianship of Eberhardy*, précité. Parlant au nom de la cour, le juge Heffernan a dit à la p. 894:

> [TRADUCTION] Dans l'état actuel du droit, la seule ligne directrice dont disposent les cours de circuit aux prises avec ce problème paraît être celle de «l'intérêt» de la personne à stériliser. Il s'agit d'un critère qui est utilisé depuis un certain nombre d'années par ce tribunal et ailleurs pour décider de la garde des enfants et de leur placement—dans certaines circonstances le placement dans un environnement contrôlé ... Personne n'a exprimé une satisfaction complète après avoir utilisé cette norme. Il ne s'agit pas d'un critère objectif et il

substantial workability of the test rests upon the informed fact-finding and the wise exercise of discretion by trial courts engendered by long experience with the standard. Importantly, however, most determinations made in the best interests of a child or of an incompetent person are not irreversible; and although a wrong decision may be damaging indeed, there is an opportunity for a certain amount of empiricism in the correction of errors of discretion. Errors of judgment or revisions of decisions by courts and social workers can, in part at least, be rectified when new facts or second thoughts prevail. And, of course, alleged errors of discretion in exercising the "best interest" standard are subject to appellate review. Sterilization as it is now understood by medical science is, however, substantially irreversible.

Heffernan J. also alluded to the limited capacity of judges to deal adequately with a problem that has such general social overtones in the following passage, at p. 895:

What these facts demonstrate is that courts, even by taking judicial notice of medical treatises, know very little of the techniques or efficacy of contraceptive methods or of thwarting the ability to procreate by methods short of sterilization. While courts are always dependent upon the opinions of expert witnesses, it would appear that the exercise of judicial discretion unguided by well thought-out policy determinations reflecting the interest of society, as well as of the person to be sterilized, are hazardous indeed. Moreover, all seriously mentally retarded persons may not *ipso facto* be incapable of giving birth without serious trauma, and some may be good parents. Also, there has been a discernible and laudable tendency to "mainstream" the developmentally disabled and retarded. A properly thought out public policy on sterilization or alternative contraceptive methods could well facilitate the entry of these persons into a more nearly normal relationship with society. But again this is a problem that ought to be addressed by the legislature on the basis of fact-finding and the opinions of experts.

The foregoing, of course, leaves out of consideration therapeutic sterilization and where the line is to be drawn between therapeutic and non-therapeutic sterilization. On this issue, I simply

n'est pas destiné à l'être. Le caractère essentiellement pratique du critère dépend de la recherche bien documentée et de l'exercice judicieux du pouvoir discrétionnaire par les tribunaux de première instance découlant d'une longue expérience de la norme. Toutefois, il est important de signaler que la plupart des décisions prises dans l'intérêt de l'enfant ou d'un incapable ne sont pas irréversibles; et bien qu'une décision erronée puisse en fait causer un préjudice, on peut avec un certain empirisme, corriger les erreurs résultant de l'application d'un pouvoir discrétionnaire. Les erreurs de jugement ou les révisions des décisions par les tribunaux et les travailleurs sociaux peuvent, en partie du moins, être rectifiées lorsque des faits nouveaux ou une nouvelle réflexion prévalent. Et, il va sans dire, les présumées erreurs en matière de pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de la norme de «l'intérêt de la personne» font l'objet d'une révision par les tribunaux d'appel. Toutefois, la stérilisation selon la science médicale actuelle est essentiellement irréversible.

Le juge Heffernan a également fait allusion au pouvoir limité des juges de traiter adéquatement d'un problème qui comporte de tels accents sociaux généraux dans le passage suivant à la p. 895:

[TRADUCTION] Ces faits démontrent que les tribunaux, même en admettant d'office les traités de médecine, connaissent très peu de choses au sujet des techniques ou de l'efficacité des méthodes de contraception ou sur la manière d'empêcher la procréation par des méthodes autres que la stérilisation. Bien que les tribunaux dépendent toujours de l'opinion des témoins experts, l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire qui n'est pas guidé par des décisions de politique bien pensées traduisant l'intérêt de la société ainsi que celui de la personne qui doit être stérilisée, est bien dangereux. De plus, toutes les personnes gravement atteintes de déficience mentale ne sont pas *ipso facto* incapables de donner naissance sans un traumatisme grave et certaines peuvent être de bons parents. De même, il y a une tendance visible et louable d'«intégration» des déficients physiques et mentaux. Une politique bien pensée en matière de stérilisation ou d'autres méthodes de contraception pourrait très bien faciliter l'intégration plus normale de ces personnes dans la société. Mais encore une fois, il s'agit d'un problème qui devrait être examiné par la législature sur le fondement des conclusions et des opinions des experts.

Évidemment, le paragraphe qui précède ne traite pas de la stérilisation thérapeutique, ni de l'endroit où doit se situer la démarcation entre stérilisation thérapeutique et non thérapeutique.

repeat that the utmost caution must be exercised commensurate with the seriousness of the procedure. Marginal justifications must be weighed against what is in every case a grave intrusion on the physical and mental integrity of the person.

It will be apparent that my views closely conform to those expressed by Heilbron J. in *Re D*, *supra*. She was speaking of an infant, but her remarks are equally applicable to an adult. The importance of maintaining the physical integrity of a human being ranks high in our scale of values, particularly as it affects the privilege of giving life. I cannot agree that a court can deprive a woman of that privilege for purely social or other non-therapeutic purposes without her consent. The fact that others may suffer inconvenience or hardship from failure to do so cannot be taken into account. The Crown's *parens patriae* jurisdiction exists for the benefit of those who cannot help themselves, not to relieve those who may have the burden of caring for them.

I should perhaps add, as Heilbron J. does, that sterilization may, on occasion, be necessary as an adjunct to treatment of a serious malady, but I would underline that this, of course, does not allow for subterfuge or for treatment of some marginal medical problem. Heilbron J. was referring, as I am, to cases where such treatment is necessary in dealing with a serious condition. The recent British Columbia case of *Re K*, *supra*, is at best dangerously close to the limits of the permissible.

The foregoing remarks dispose of the arguments based on the traditional view of the *parens patriae* jurisdiction as exercised in this country. Counsel for the respondent strongly contended, however, that the Court should adopt the substituted judgment test recently developed by a number of state courts in the United States. That test, he submitted, is to be preferred to the best interests test because it places a higher value on the individual-

Sur cette question, je répète simplement qu'il faut faire preuve de la plus grande prudence qui doit être proportionnelle à la gravité de l'acte médical. Il faut évaluer les justifications marginales par rapport à ce qui, dans chaque cas, constitue une grave atteinte à l'intégrité physique et mentale de la personne.

On aura noté que mon point de vue suit de près celui exprimé par le juge Heilbron dans *Re D*, précité. Elle parlait d'un mineur, mais ses remarques s'appliquent également à un adulte. L'importance du maintien de l'intégrité physique d'un être humain se situe en haut dans notre échelle de valeurs, particulièrement en ce qui a trait au privilège de procréer. Je ne peux convenir qu'un tribunal puisse priver une femme de ce privilège à des fins purement sociales ou à d'autres fins non thérapeutiques sans son consentement. On ne peut tenir compte du fait que d'autres personnes peuvent subir des préjudices ou des inconvénients en raison de la non-intervention du tribunal. La compétence *parens patriae* de la Couronne existe pour le bénéfice de ceux qui ne peuvent s'aider eux-mêmes, non pas pour aider ceux qui peuvent avoir le fardeau de s'en occuper.

Il convient sans doute d'ajouter, comme le juge Heilbron le fait, que la stérilisation peut, à l'occasion, être nécessaire comme complément au traitement d'une maladie grave, mais je veux souligner que cela ne permet évidemment pas d'utiliser des subterfuges ou des traitements de problèmes médicaux marginaux. Le juge Heilbron faisait mention, comme moi, d'affaires dans lesquelles un tel traitement était nécessaire pour traiter un état grave. La décision récente rendue en Colombie-Britannique dans l'affaire *Re K*, précité, est au mieux dangereusement près des limites de ce qui peut être permis.

Les remarques qui précèdent règlent les arguments fondés sur l'opinion traditionnelle à l'égard de la compétence *parens patriae* et de son exercice dans ce pays. Toutefois l'avocat de l'intimée a fermement soutenu que la Cour devrait adopter le critère de la substitution de jugement qui a récemment été élaboré par un certain nombre de tribunaux d'États américains. Il a soutenu que ce critère doit être préféré au critère de l'intérêt de la

ity of the mentally incompetent person. It affords that person the same right, he contended, as a competent person to choose whether to procreate or not.

There is an obvious logical lapse in this argument. I do not doubt that a person has a right to decide to be sterilized. That is his or her free choice. But choice presupposes that a person has the mental competence to make it. It may be a matter of debate whether a court should have the power to make the decision if that person lacks the mental capacity to do so. But it is obviously fiction to suggest that a decision so made is that of the mental incompetent, however much the court may try to put itself in her place. What the incompetent would do if she or he could make the choice is simply a matter of speculation. The sophistry embodied in the argument favouring substituted judgment has been fully revealed in *Eberhardy*, *supra*, at p. 893 where in discussing *Grady*, *supra*, the court stated:

> The fault we find in the New Jersey case is the *ratio decidendi* of first concluding, correctly we believe, that the right to sterilization is a personal choice, but then equating a decision made by others with the choice of the person to be sterilized. It clearly is not a personal choice, and no amount of legal legerdemain can make it so.
>
> . . .
>
> We conclude that the question is not choice because it is sophistry to refer to it as such, but rather the question is whether there is a method by which others, acting in behalf of the person's best interests and in the interests, such as they may be, of the state, can exercise the decision. Any governmentally sanctioned (or ordered) procedure to sterilize a person who is incapable of giving consent must be denominated for what it is, that is, the state's intrusion into the determination of whether or not a person who makes no choice shall be allowed to procreate.

Counsel for the respondent's argument in favour of a substituted judgment test was made essentially on a common law basis. However, he also argued that there is what he called a fundamental right to free procreative choice. Not only, he

personne, car il donne une plus grande valeur à l'individualité de la personne atteinte de déficience mentale. Selon lui, il accorde à cette personne le même droit qu'une personne qui n'est pas déficiente de choisir de procréer ou non.

Il y a une faille de logique évidente dans cet argument. Je ne doute pas qu'une personne ait le droit de décider d'être stérilisée. C'est son libre choix. Mais le choix présuppose qu'une personne a la capacité mentale pour le faire. On peut discuter de la question de savoir si un tribunal devrait avoir le pouvoir de prendre la décision si cette personne n'a pas la capacité mentale de le faire. Toutefois, il est évidemment illusoire de dire qu'une telle décision est celle de la personne atteinte de déficience mentale, même si le tribunal tente de se mettre à sa place. On peut simplement imaginer ce que le déficient ferait s'il pouvait choisir. Le sophisme contenu dans l'argument à l'appui de la substitution de jugement a été entièrement mis à jour dans l'affaire *Eberhardy*, précitée, à la p. 893 où, en analysant l'arrêt *Grady*, précité, la cour a dit:

> [TRADUCTION] Le défaut que nous constatons dans l'arrêt du New Jersey, est la *ratio decidendi* dans laquelle on conlut d'abord, à juste titre selon nous, que le droit à la stérilisation est un choix personnel, pour ensuite faire correspondre la décision prise par d'autres personnes avec le choix de la personne qui doit être stérilisée. De toute évidence, il ne s'agit pas d'un choix personnel et aucun tour de passe-passe juridique ne peut le rendre tel.
>
> . . .
>
> Nous concluons qu'il ne s'agit pas d'une question de choix parce que c'est un sophisme d'en faire mention comme tel, mais plutôt la question est de savoir s'il existe une méthode au moyen de laquelle les autres, agissant dans l'intérêt de la personne et dans l'intérêt, quel qu'il soit, de l'État peuvent prendre cette décision. Toute procédure autorisée par le gouvernement (ou ordonnée par celui-ci) en vue de stériliser une personne qui est incapable d'y consentir doit être désignée pour ce qu'elle est, c'est-à-dire l'ingérence de l'État dans la décision de savoir si l'on doit autoriser à procréer une personne qui ne fait pas de choix.

L'argument de l'avocat de l'intimée en faveur du critère de la substitution de jugement a été présenté essentiellement sur le fondement de la *common law*. Toutefois, il a également soutenu qu'il y avait ce qu'il a appelé le droit fondamental

asserted, is there a fundamental right to bear children; there is as well a fundamental right to choose not to have children and to implement that choice by means of contraception. Starting from the American courts' approach to the due process clause in the United States Constitution, he appears to base this argument on s. 7 of the *Charter*. But assuming for the moment that liberty as used in s. 7 protects rights of this kind (a matter I refrain from entering into), counsel's contention seems to me to go beyond the kind of protection s. 7 was intended to afford. All s. 7 does is to give a remedy to protect individuals against laws or other state action that deprive them of liberty. It has no application here.

du choix de procréer librement. Il a affirmé que non seulement il existait un droit fondamental de porter des enfants; mais qu'il y avait également un droit fondamental de choisir de ne pas avoir d'enfant et d'exercer ce choix au moyen de la contraception. En invoquant le point de vue des tribunaux américains à l'égard de la clause de l'application régulière de la loi dans la Constitution des États-Unis, il paraît fonder son argument sur l'art. 7 de la *Charte*. Toutefois, si l'on présume pour l'instant que la liberté visée dans l'art. 7 protège des droits de ce genre (une question que je m'abstiens d'examiner), l'argument de l'avocat me semble aller plus loin que le genre de protection que devait accorder l'art. 7. Tout ce que l'art. 7 fait, c'est de donner un recours pour protéger les gens contre les lois ou d'autres actions de l'État qui les privent de leur liberté. Il ne s'applique pas en l'espèce.

Another *Charter* related argument must be considered. In response to the appellant's argument that a court-ordered sterilization of a mentally incompetent person, by depriving that person of the right to procreate, would constitute an infringement of that person's rights to liberty and security of the person under s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, counsel for the respondent countered by relying on that person's right to equality under s. 15(1) of the *Charter*, saying "that the most appropriate method of ensuring the mentally incompetent their right to equal protection under s. 15(1) is to provide the mentally incompetent with a means to obtain non-therapeutic sterilizations, which adequately protects their interests through appropriate judicial safeguards". A somewhat more explicit argument along the same lines was made by counsel for the Public Trustee of Manitoba. His position was stated as follows:

> It is submitted that in the case of a mentally incompetent adult, denial of the right to have his or her case presented by a guardian *ad litem* to a Court possessing jurisdiction to give or refuse substituted consent to a non-therapeutic procedure such as sterilization, would be tantamount to a denial to that person of equal protection and equal benefit of the law. Such a denial would constitute discrimination on the basis of mental disability, which discrimination is prohibited by Section 15 of *The Canadian Charter of Rights and Freedoms*.

Il faut examiner un autre argument relatif à la *Charte*. En réponse à l'argument de l'appelante selon lequel la stérilisation d'une personne atteinte de déficience mentale ordonnée par la cour, en la privant du droit de procréer, constituerait une violation des droits de cette personne à la liberté et à la sécurité de la personne garantis par l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, l'avocat de l'intimée a invoqué le droit de cette personne à l'égalité aux termes du par. 15(1) de la *Charte*, en disant [TRADUCTION] «que la méthode la plus appropriée pour assurer aux personnes atteintes de déficience mentale leur droit à une protection égale aux termes du par. 15(1) est de leur donner le moyen d'obtenir une stérilisation non thérapeutique, qui protège adéquatement leurs intérêts par des garanties judiciaires appropriées». L'avocat du curateur public du Manitoba a présenté un argument un peu plus explicite selon les mêmes termes. Sa position est la suivante:

> [TRADUCTION] Nous soutenons que dans le cas d'un adulte atteint de déficience mentale le déni du droit d'être représenté par un tuteur d'instance devant un tribunal compétent pour donner ou refuser la substitution de consentement à un acte médical non thérapeutique comme la stérilisation, équivaudrait à nier à cette personne l'égalité de bénéfice et de protection de la loi. Un tel déni constitue une discrimination fondée sur la déficience mentale, ce qui est interdit par l'art. 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Section 15 of the *Charter* was not in force when these proceedings commenced but, this aside, these arguments appear flawed. They raise in different form an issue already dealt with, i.e., that the decision made by a court on an application to consent to the sterilization of an incompetent is somehow that of the incompetent. More troubling is that the issue is, of course, not raised by the incompetent, but by a third party.

The court undoubtedly has the right and duty to protect those who are unable to take care of themselves, and in doing so it has a wide discretion to do what it considers to be in their best interests. But this function must not, in my view, be transformed so as to create a duty obliging the court, at the behest of a third party, to make a choice between the two alleged constitutional rights—the right to procreate or not to procreate—simply because the individual is unable to make that choice. All the more so since, in the case of non-therapeutic sterilization as we saw, the choice is one the courts cannot safely exercise.

Other Issues

In light of the conclusions I have reached, it is unnecessary for me to deal with the *Charter* issues raised by the appellant and some of the interveners. It is equally unnecessary to comment at length on some of the subsidiary issues such as the burden of proof required to warrant an order of sterilization and the precautions that judges should, in the interests of justice, take in dealing with applications for such orders. These do not arise because of the view I have taken of the approach the courts should adopt in dealing with applications for non-therapeutic sterilization. Since these issues may arise in cases involving applications for sterilization for therapeutic purposes, however, I will venture a few words about them. Since, barring emergency situations, a surgical procedure without consent ordinarily constitutes battery, it will be obvious that the onus of proving the need for the procedure is on those who seek to have it performed. And that burden, though a civil one, must be commensurate with the seriousness of the meas-

L'article 15 de la *Charte* n'était pas en vigueur au moment où ces procédures ont été engagées mais, cela mis à part, ces arguments paraissent viciés. Ils soulèvent d'une manière différente une question qui a déjà été tranchée, c.-à-d. que la décision d'un tribunal à l'égard d'une demande de consentement à la stérilisation d'une personne atteinte de déficience mentale est en quelque sorte celle du déficient. Ce qui est plus gênant, c'est que la question n'est, évidemment, pas soulevée par l'incapable mais par un tiers.

Il va sans dire que le tribunal a le droit et le devoir de protéger ceux qui sont incapables de prendre soin d'eux-mêmes et a ainsi un grand pouvoir discrétionnaire pour faire ce qu'il estime être dans leur intérêt. Toutefois, cette fonction ne doit pas, à mon avis, être transformée de manière à créer un devoir obligeant le tribunal, sur l'ordre d'un tiers, à choisir entre ce qu'on prétend être deux droits constitutionnels—celui de procréer ou celui de ne pas procréer—simplement parce que la personne est incapable de faire son choix. À plus forte raison si, comme nous l'avons vu dans le cas d'une stérilisation non thérapeutique, les tribunaux ne peuvent pas faire ce choix en toute sécurité.

Autres questions

Compte tenu des conclusions auxquelles je suis parvenu, il n'est pas nécessaire que je traite des questions relatives à la *Charte* soulevées par l'appelante et certains des intervenants. De plus, il n'est pas nécessaire de faire des observations détaillées sur certaines questions subsidiaires comme le fardeau de la preuve requis pour justifier une ordonnance de stérilisation et les précautions que les juges devraient, dans l'intérêt de la justice, prendre pour traiter les demandes relatives à ces ordonnances. Ces questions ne se posent pas vu la position que j'ai prise à l'égard du point de vue que les tribunaux devraient adopter pour traiter des demandes de stérilisation non thérapeutiques. Étant donné que ces questions peuvent être soulevées dans des affaires portant sur des demandes de stérilisation à des fins thérapeutiques, je me permettrai toutefois de dire quelques mots à leur sujet. Étant donné que, sauf dans les situations d'urgence, une intervention chirurgicale sans consentement constitue habituellement des voies de

ure proposed. In conducting these procedures, it is obvious that a court must proceed with extreme caution; otherwise as MacDonald J. noted, it would open the way for abuse of the mentally incompetent. In particular, in any such proceedings, it is essential that the mentally incompetent have independent representation.

Conclusion

I would allow the appeal and restore the decision of the judge who heard the application.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Scales, Jenkins & McQuaid, Charlottetown.

Solicitors for the respondent: Campbell, McEwen & McLellan, Summerside.

Solicitors for the intervener Canadian Mental Health Association: Gowling & Henderson, Ottawa.

Solicitors for the intervener the Consumer Advisory Committee of the Canadian Association for the Mentally Retarded: Vickers & Palmer, Victoria.

Solicitor for the intervener The Public Trustee of Manitoba: The Public Trustee of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa.

fait, il ressort que le fardeau de démontrer la nécessité de l'acte médical incombe à ceux qui en demandent l'exécution. Et ce fardeau, bien qu'il soit civil, doit correspondre à la gravité de la mesure proposée. Dans ces affaires, il est évident qu'un tribunal doit procéder avec une très grande prudence; autrement comme l'a souligné le juge MacDonald, cela ouvrirait la voie à l'abus à l'égard de la personne atteinte de déficience mentale. En particulier, dans de telles affaires, il est essentiel que la personne atteinte de déficience mentale soit représentée de manière indépendante.

Conclusion

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir la décision du juge qui a entendu la demande.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Scales, Jenkins & McQuaid, Charlottetown.

Procureurs de l'intimée: Campbell, McEwen & McLellan, Summerside.

Procureurs de l'intervenante l'Association canadienne pour la santé mentale: Gowling & Henderson, Ottawa.

Procureurs de l'intervenant le Comité consultatif des consommateurs de l'Association canadienne pour les déficients mentaux: Vickers & Palmer, Victoria.

Procureur de l'intervenant le curateur public du Manitoba: Le curateur public du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa.

Randolph Valois *Appellant*

v.

Attorney General of Canada *Respondent*

INDEXED AS: CANADA (ATTORNEY GENERAL) *v.* VALOIS

File No.: 17814.

1986: May 2; 1986: October 23.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Unemployment insurance — Labour disputes — Unemployment due to stoppage of work — Claimant refusing to cross picket line because of intimidation — Claimant not participating in the labour dispute — Whether members of claimant's union participated in the labour dispute — Whether claimant entitled to unemployment insurance benefits — Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 44.

Appellant attempted several times to report to work during a strike by a union, other than his own, at the mill where he worked, but each time he was prevented from crossing the picket line by threats of violence from the pickets. Under s. 44 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, an employee who has lost his employment by reason of a stoppage of work attributable to a labour dispute is entitled to unemployment insurance benefits if he proved that (1) he was not participating in the labour dispute (s. 44(2)(*a*)); and (2) he did not belong to a grade or class of workers that included members who were employed at the premises and were participating in the dispute (s. 44(2)(*b*)). Appellant's application for unemployment insurance benefits was denied by the Unemployment Insurance Commission. On behalf of himself and all the other members of his union, appellant appealed the Commission's decision to the Board of Referees. It was there agreed that the Board's decision with respect to the appellant would apply to the others. The Board allowed the appeal and that decision was confirmed by the Umpire. The Commission's application for judicial review pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act* was allowed. The Federal Court of Appeal did not disturb the finding, made by both the Board and the Umpire, that appellant did not participate in the labour dispute, but was of the opinion that the issue of s. 44(2)(*b*) had not been addressed. This appeal is to

Randolph Valois *Appelant*

c.

Le procureur général du Canada *Intimé*

RÉPERTORIÉ: CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) *c.* VALOIS

N° du greffe: 17814.

1986: 2 mai; 1986: 23 octobre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Assurance-chômage — Conflits collectifs — Perte d'un emploi par suite d'un arrêt de travail — Refus du prestataire de franchir la ligne de piquetage pour cause d'intimidation — Aucune participation du prestataire au conflit collectif — Des membres du syndicat du prestataire y ont-ils participé? — Le prestataire est-il admissible aux prestations d'assurance-chômage? — Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 44.

Au cours d'une grève déclenchée par un syndicat autre que celui de l'appelant à l'usine où il travaillait, ce dernier a tenté à plusieurs reprises de se présenter au travail, mais chaque fois des menaces de violence proférées par les piqueteurs l'ont empêché de franchir la ligne de piquetage. En vertu de l'art. 44 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, un salarié qui a perdu son emploi du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif a droit à des prestations d'assurance-chômage s'il prouve (1) qu'il ne participe pas au conflit collectif (al. 44(2)*a*)) et (2) qu'il n'appartient pas au groupe de travailleurs de même classe ou de même rang dont certains membres exerçaient un emploi à l'endroit en question et participent au conflit collectif (al. 44(2)*b*)). La demande de prestations d'assurance-chômage présentée par l'appelant à la Commission d'assurance-chômage a été rejetée. En son propre nom et au nom de tous les autres membres de son syndicat, l'appelant a porté la décision de la Commission en appel devant un conseil arbitral. Là il a été convenu que la décision du conseil relativement à l'appelant s'appliquerait aux autres. Le conseil a accueilli l'appel et sa décision a été confirmée par le juge-arbitre. La demande de contrôle judiciaire fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale* présentée par la Commission a été accueillie. La Cour d'appel fédérale n'a trouvé rien à redire à la conclusion, tirée tant par le conseil arbitral que par le juge-arbitre, que l'appelant

determine whether the requirements of s. 44(2)(*b*) were met.

Held: The appeal should be allowed.

The provisions of the *Unemployment Insurance Act, 1971* do not require claimants who have lost their employment by reason of a stoppage of work attributable to a labour dispute to expose themselves to danger to avoid being disentitled to benefits. They, and the other members of a grade or class of workers to which they belong, must make a genuine effort to report for work. But if, having done so, they are unable safely to report to work because of violence or threats of violence at a picket line, or otherwise, they will not be considered to be participating in the labour dispute. In the case at bar, the evidence adduced before the Board of Referees indicated that the appellant's union did not contribute financially to the strike and that it was willing to have its members cross the picket lines, if it could be done safely, but that there were serious threats proferred by the pickets. On the basis of this evidence, the Board—and later the Umpire—agreed that there was some danger of violent action and concluded that "they did not participate" in the labour dispute. The decision that "they" did not participate was a decision referring to all the members of the appellant's union. Thus no member of the grade or class participated in the labour dispute and this is sufficient to satisfy the requirements of s. 44(2)(*b*). In any event, if the Board's decision only settles the appellant's case, then the application of that decision to all claimants, as agreed upon, entails that, like the appellant, none of the members of the union participated in the labour dispute. This also disposes of the s. 44(2)(*b*) issue.

Cases Cited

Distinguished: *Minister of Employment and Immigration v. Carrozzella*, [1983] 1 F.C. 909; **referred to:** *Attorney General of Canada v. Umpire (Unemployment Insurance Act)*, [1977] 2 F.C. 696.

Statutes and Regulations Cited

Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 28.
Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 44.

n'a pas participé au conflit collectif, mais a été d'avis que l'on n'avait pas abordé la question de l'al. 44(2)*b*). Le pourvoi vise à déterminer si les exigences de l'al. 44(2)*b*) ont été remplies.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Les dispositions de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage* n'exigent pas que les prestataires qui ont perdu leur emploi du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif s'exposent au danger afin de ne pas être frappés d'inadmissibilité aux prestations. Ceux-ci, ainsi que les autres membres d'un groupe de travailleurs de même classe ou de même rang auquel ils appartiennent, doivent réellement tenter de se présenter au travail. Toutefois, si, ayant fait cela, ils ne peuvent pas en toute sécurité se rendre au travail pour cause de violence ou de menaces de violence sur la ligne de piquetage ou ailleurs, ils ne seront pas considérés comme des participants au conflit collectif. En l'espèce, il ressort de la preuve produite devant le conseil arbitral que le syndicat de l'appelant n'a pas contribué pécuniairement à la grève et qu'il ne s'opposait pas à ce que ses membres franchissent les lignes de piquetage, si cela pouvait se faire en sécurité, mais que les piqueteurs ont fait des menaces sérieuses. Sur la foi de ces éléments de preuve, le conseil—puis le juge-arbitre—a convenu qu'il y a eu un certain danger de violence et a conclu qu'«ils n'ont pas participé» au conflit collectif. La conclusion qu'«ils» n'ont pas participé s'appliquait à tous les membres du syndicat de l'appelant. Il s'ensuit qu'aucun membre du groupe de travailleurs de même classe ou de même rang n'a participé au conflit et cela suffit pour satisfaire aux exigences de l'al. 44(2)*b*). En tout état de cause, si la décision du conseil ne règle que le cas de l'appelant, alors son application à tous les prestataires, conformément à l'entente, implique que, pas plus que l'appelant, les autres membres du syndicat n'ont participé au conflit collectif. Cela aussi tranche la question relative à l'al. 44(2)*b*).

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Carrozzella*, [1983] 1 C.F. 909; **arrêt mentionné:** *Procureur général du Canada c. Juge-arbitre (Loi sur l'assurance-chômage)*, [1977] 2 C.F. 696.

Lois et règlements cités

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 44.
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 28.

Authors Cited

Hickling, M. A. "Labour Disputes and Disentitlement to Benefits". In *Unemployment Insurance*. Course co-ordinator Allan H. MacLean. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1983.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal[1], which set aside a decision by Dubinsky J.[2], sitting as an umpire, entitling appellant to unemployment insurance benefits. Appeal allowed.

Raymond Koskie, Q.C., and *Mark Zigler*, for the appellant.

Duff Friesen, Q.C., and *Donald J. Rennie*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

CHOUINARD J.—At issue in this appeal is the entitlement to unemployment insurance benefits of an employee who has lost his employment by reason of a stoppage of work attributable to a labour dispute.

The appellant, a member of the International Union of Operating Engineers, Local 865, was employed as a stationary engineer at the Thunder Bay mill of Abitibi-Price Inc.

On July 3, 1980, the Canadian Paperworkers' Union went on strike at the Thunder Bay mill as well as other mills of the Company. Picket lines were set up and the appellant did not work from July 4 until August 1, 1980 when the stoppage of work was terminated.

The Canadian Paperworkers' Union represented by far the largest number of employees at the Thunder Bay mill, some 322 out of a total of approximately 370.

On July 7, 1980, the appellant applied for unemployment insurance benefits. His application was denied by the Unemployment Insurance Commission.

[1] F.C.A., No. A-879-82, May 18, 1983.
[2] CUB-7805.

Doctrine citée

Hickling, M. A. «Labour Disputes and Disentitlement to Benefits». In *Unemployment Insurance*. Course co-ordinator Allan H. MacLean. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1983.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale[1], qui a infirmé une décision du juge Dubinsky[2], siégeant en tant que juge-arbitre, qui avait déclaré l'appelant admissible aux prestations d'assurance-chômage. Pourvoi accueilli.

Raymond Koskie, c.r., et *Mark Zigler*, pour l'appelant.

Duff Friesen, c.r., et *Donald J. Rennie*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE CHOUINARD—Le présent pourvoi soulève la question du droit d'un employé qui a perdu son emploi du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif de toucher des prestations d'assurance-chômage.

L'appelant, un membre de la section locale 865 de l'Union internationale des opérateurs de machines lourdes, travaillait à titre de mécanicien de machines fixes à l'usine de Thunder Bay d'Abitibi-Price Inc.

Le 3 juillet 1980, le Syndicat canadien des travailleurs du papier a déclenché une grève à l'usine de Thunder Bay ainsi qu'à d'autres usines de ladite société. Des lignes de piquetage ont été dressées et l'appelant n'a pas travaillé du 4 juillet jusqu'au 1er août 1980 quand l'arrêt de travail a pris fin.

Le Syndicat canadien des travailleurs du papier représentait de loin le plus grand nombre d'employés à l'usine de Thunder Bay, soit quelque 322 sur un total d'environ 370.

Le 7 juillet 1980, l'appelant a fait une demande de prestations d'assurance-chômage qui a été rejetée par la Commission d'assurance-chômage.

[1] C.A.F., nº A-879-82, 18 mai 1983.
[2] CUB-7805.

On behalf of himself and all the other members of his Union, the appellant appealed the decision of the Commission to the Board of Referees.

It was agreed that: "The decision of the Board of Referees with respect to Randolph Valois will be applied to each claimant whose name appears on this list", namely the other members referred to above.

The Board of Referees unanimously allowed the appeal and that decision was confirmed by the Umpire.

The Commission then made an application for judicial review to the Federal Court of Appeal pursuant to s. 28 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10. The Federal Court of Appeal unanimously allowed the application, set aside the decision of the Umpire and referred the matter back "to an Umpire for decision on the basis that this applicant, since he falls within the provisions of Section 44(1) of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, must, in order to be entitled to receive benefits, prove that he meets the conditions enumerated in subsection 44(2)(b) of the *Act*."

The Court added:

We restrict the reference back to subsection (b) of Section 44(2) since we have not been persuaded that the Umpire, in finding that this claimant had met the onus imposed by subsection 44(2)(a) committed any error reviewable under Section 28 of the *Federal Court Act*.

Section 44 of the *Unemployment Insurance Act, 1971*, S.C. 1970-71-72, c. 48, reads:

44. (1) A claimant who has lost his employment by reason of a stoppage of work attributable to a labour dispute at the factory, workshop or other premises at which he was employed is not entitled to receive benefit until

(*a*) the termination of the stoppage of work,

(*b*) he becomes *bona fide* employed elsewhere in the occupation that he usually follows, or

(*c*) he has become regularly engaged in some other occupation,

whichever event first occurs.

En son propre nom et au nom de tous les autres membres de son syndicat, l'appelant a porté la décision de la Commission en appel devant un conseil arbitral.

Il a été convenu que: [TRADUCTION] «La décision du conseil arbitral relativement à Randolph Valois sera appliquée à chaque prestataire dont le nom figure sur cette liste», c.-à-d. les autres membres susmentionnés.

Le conseil arbitral a décidé unanimement d'accueillir l'appel et sa décision a été confirmée par le juge-arbitre.

La Commission a alors présenté à la Cour d'appel fédérale une demande de contrôle judiciaire fondée sur l'art. 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10. La Cour d'appel fédérale à l'unanimité a fait droit à la demande, a annulé la décision du juge-arbitre et a renvoyé l'affaire «devant le juge-arbitre pour qu'il en soit statué en tenant compte du fait que le prestataire en l'espèce, auquel s'applique le paragraphe 44(1) de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, doit, pour avoir droit aux prestations, établir qu'il satisfait aux conditions énumérées à l'alinéa 44(2)b) de la *Loi*.»

La cour a ajouté:

Nous limitons le renvoi à l'alinéa b) du paragraphe 44(2), étant donné qu'on ne nous a pas convaincus que le juge-arbitre a commis une erreur susceptible d'examen judiciaire en vertu de l'article 28 de la *Loi sur la Cour fédérale*, lorsqu'il a conclu que le prestataire s'était déchargé du fardeau de la preuve que lui imposait l'alinéa 44(2)a).

L'article 44 de la *Loi de 1971 sur l'assurance-chômage*, S.C. 1970-71-72, chap. 48, porte:

44. (1) Un prestataire qui a perdu son emploi du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif à l'usine, à l'atelier ou en tout autre local où il exerçait un emploi n'est pas admissible au bénéfice des prestations tant que ne s'est pas réalisée l'une des éventualités suivantes, à savoir:

a) la fin de l'arrêt du travail,

b) son engagement de bonne foi à un emploi exercé ailleurs dans le cadre de l'occupation qui est habituellement la sienne,

c) le fait qu'il s'est mis à exercer quelque autre occupation d'une façon régulière.

(2) Subsection (1) is not applicable if a claimant proves that

(*a*) he is not participating in or financing or directly interested in the labour dispute that caused the stoppage of work; and

(*b*) he does not belong to a grade or class of workers that, immediately before the commencement of the stoppage, included members who were employed at the premises at which the stoppage is taking place and are participating in, financing or directly interested in the dispute.

(3) Where separate branches of work that are commonly carried on as separate businesses in separate premises are carried on in separate departments on the same premises, each department shall, for the purpose of this section, be deemed to be a separate factory or workshop.

(4) In this Act, "labour dispute" means any dispute between employers and employees, or between employees and employees, that is connected with the employment or non-employment, or the terms or conditions of employment, of any persons.

(2) Le paragraphe (1) n'est pas applicable si le prestataire prouve

a) qu'il ne participe pas au conflit collectif qui a causé l'arrêt du travail, qu'il ne le finance pas et qu'il n'y est pas directement intéressé; et

b) qu'il n'appartient pas au groupe de travailleurs de même classe ou de même rang dont certains membres exerçaient, immédiatement avant le début de l'arrêt du travail, un emploi à l'endroit où s'est produit l'arrêt du travail et participent au conflit collectif, le financent ou y sont directement intéressés.

(3) Lorsque des branches d'activités distinctes qui sont ordinairement exercées en tant qu'entreprises distinctes dans des locaux distincts, sont exercées dans des services différents situés dans les mêmes locaux, chaque service est censé, aux fins du présent article, être une usine ou un atelier distincts.

(4) Dans la présente loi, «conflit collectif» désigne tout conflit, entre employeurs et employés ou entre employés, qui se rattache à l'emploi ou aux modalités d'emploi de certaines personnes ou au fait qu'elles ne sont pas employées.

The rule laid down by s. 44 is that a claimant who lost his employment by reason of a stoppage of work attributable to a labour dispute is not entitled to receive benefit. It is not disputed that the rule applies to the appellant in the circumstances of this case.

The rule, however, is not absolute. The disentitlement will continue until one of the events described in paras. (*a*), (*b*) or (*c*) of subs. (1) occurs. We are not concerned with either of these requirements for re-entitlement in this case.

Section 44(2) provides another exception to the rule by making subs. (1) inapplicable if a claimant proves both elements contained in paras. (*a*) and (*b*). It has been the jurisprudence of the Federal Court of Appeal, with which I agree, that for his entitlement to be restored by application of subs. (2), a claimant must prove both that he himself did not participate in the labour dispute and that he did not belong to a grade or class of workers, some of whom did participate in the sense of s. 44(2). See *Attorney General of Canada v. Umpire (Unemployment Insurance Act)*, [1977] 2 F.C. 696; *Minister of Employment and Immigration v.*

Selon la règle établie par l'art. 44, un prestataire qui a perdu son emploi du fait d'un arrêt de travail dû à un conflit collectif n'est pas admissible au bénéfice des prestations. On ne conteste pas l'applicabilité de cette règle à l'appelant dans les circonstances de la présente affaire.

Cette règle n'a toutefois rien d'absolu. L'inadmissibilité ne dure que jusqu'au moment où se produit l'une des éventualités énumérées aux al. *a*), *b*) et *c*) du par. (1). En l'espèce il n'est question d'aucune de ces exigences à remplir pour être de nouveau admissible aux prestations.

Le paragraphe 44(2) crée une autre exception à la règle en déclarant le par. (1) inapplicable si un prestataire établit l'existence des deux éléments énoncés aux al. *a*) et *b*) du par. 44(2). Il ressort de la jurisprudence de la Cour d'appel fédérale, que j'approuve, que l'admissibilité d'un prestataire ne sera pas rétablie en vertu du par. (2) à moins qu'il ne prouve qu'il n'a pas lui-même participé au conflit de travail et qu'il n'appartenait pas au groupe de travailleurs de même classe ou de même rang, dont certains ont participé au conflit au sens du par. 44(2). Voir *Procureur général du Canada c. Juge-arbitre (Loi sur l'assurance-chômage)*,

Carrozzella, [1983] 1 F.C. 909; and the judgment of the Court of Appeal in this case.

In *Unemployment Insurance*, published by the Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1983, under the heading "Labour Disputes and Disentitlement to Benefits", M. A. Hickling writes at p. 3.1.1:

The purpose of the unemployment insurance scheme as originally conceived was to afford protection to employees thrown out of work as a result of economic circumstances. It was not intended to compensate those who lost their employment through industrial misconduct; who left their job voluntarily or without just cause, or who were not available for employment. Hence the disqualifications under ss. 40 and 41 of the Unemployment Insurance Act.

Nor was it the intention of Parliament that the unemployment insurance fund to which not only the employee, but also the employer and the state contribute, be used to assist employees or their unions in labour disputes. The funds to which employers had contributed ought not to be used against them. The neutrality of the state had to be preserved. Hence the provisions of s. 44 of the Unemployment Insurance Act . . . .

The author describes the operation of s. 44 as follows at pp. 3.1.1 and 3.1.2:

Before the claimant is disentitled the onus is on the U.I.C. to establish

(1) That there was a labour dispute at the premises in question;

(2) That the labour dispute caused a stoppage of work there; and

(3) That the claimant lost his employment by reason of that stoppage.

If those points are established then the claimant is disentitled to benefit until one of the following events occurs:

(4) The stoppage of work due to the labour dispute has come to an end; or

(5) he becomes bona fide employed elsewhere in the occupation he usually follows; or

(6) he has become regularly engaged in some other occupation.

Further, a claimant who is thrown out of work as a result of a labour dispute at his place of employment has another avenue of escape if he can bring himself within the protection of s. 44(2). To do this he must show that

[1977] 2 C.F. 696; *Ministre de l'Emploi et de l'Immigration c. Carrozzella*, [1983] 1 C.F. 909; ainsi que l'arrêt de la Cour d'appel en l'espèce.

Dans *Unemployment Insurance*, publié en 1983 par la Continuing Legal Education Society of British Columbia, sous la rubrique «Labour Disputes and Disentitlement to Benefits», M. A. Hickling écrit, à la p. 3.1.1:

[TRADUCTION] Le but du régime d'assurance-chômage dans sa conception initiale était la protection de salariés qui se trouvaient sans emploi par suite de la situation économique. Il n'était pas censé fournir une indemnisation aux personnes qui perdaient leur emploi pour faute au travail; qui quittaient leur emploi volontairement ou sans justification; ou qui n'étaient pas en mesure d'accepter un emploi. D'où les exclusions prévues aux art. 40 et 41 de la Loi sur l'assurance-chômage.

Le Parlement n'a pas voulu non plus que le fonds d'assurance-chômage auquel contribue non seulement l'employé, mais aussi l'employeur et l'État, serve à aider les salariés ou leurs syndicats dans des conflits de travail. Un fonds auquel les employeurs avaient contribué ne devait pas être utilisé contre eux. Il fallait préserver la neutralité de l'État. Voilà la raison d'être des dispositions de l'art. 44 de la Loi sur l'assurance-chômage . . .

Aux pages 3.1.1 et 3.1.2, l'auteur décrit ainsi l'effet de l'art. 44:

[TRADUCTION] Le prestataire n'est inadmissible que si la Commission d'assurance-chômage établit

(1) qu'il y avait un conflit collectif a l'usine en question;

(2) que le conflit collectif y a causé un arrêt de travail; et

(3) que le prestataire a perdu son emploi en raison de l'arrêt de travail.

Du moment que ces points sont prouvés, le prestataire est inadmissible au bénéfice des prestations tant que l'une des éventualités suivantes ne s'est pas produite:

(4) la fin de l'arrêt de travail dû au conflit collectif; ou

(5) son engagement de bonne foi à un emploi exercé ailleurs dans le cadre de l'occupation qui est habituellement la sienne; ou

(6) le fait qu'il s'est mis à exercer quelque autre occupation d'une façon régulière.

De plus, une autre possibilité s'offre à un prestataire qui perd son emploi par suite d'un conflit de travail chez son employeur, s'il peut satisfaire aux exigences du par. 44(2). Pour cela, il doit démontrer que ni lui ni aucun

neither he nor any member of his grade or class employed at the site of the dispute immediately prior to the stoppage are participating in, financing, or have any direct interest in the dispute.

No difficulty arises as to the fact that the appellant did not himself participate. The evidence was that the appellant went to the picket line some 10 or 12 times during the strike and was each time prevented from crossing it by threats from the pickets. There is a concurrent finding of the Board of Referees and the Umpire on this point. In his reasons, the Umpire wrote:

I am satisfied that the established jurisprudence does not demand of a claimant that he actually suffer bodily injury before he can establish that he was not participating in the labour dispute. It is sufficient if he has reasonable grounds for believing that he would have suffered bodily injury. I have not the slightest doubt that this claimant would have suffered bodily injury had he persisted. The Board's finding of fact was not perverse in this case and the appeal against the Board's decision must be dismissed.

The Federal Court of Appeal would not disturb these findings. That the appellant satisfied the requirements of s. 44(2)(*a*) is not in issue. The respondent does not challenge the findings of the Board of Referees and of the Umpire.

As to s. 44(2)(*b*), however, the Federal Court of Appeal was of the view not only that the appellant had not discharged the burden of proof, but also that the Umpire did not even address this issue. Heald J., speaking for the Court, had this to say:

In our view, the evidence in this case does not satisfy the requirements of said Subsection 44(2)(b). The claimant requests that his appeal be representative not only of his claim but of the claims of some fifteen of his co-workers. The Commission agreed only that the decision in this claimant's case would apply to each of his fifteen co-workers. We can find no evidence of any agreement to the effect that the evidence of each claimant in all respects so as to satisfy the requirements of subsection (b) of Section 44(2). Section 44 does not, in our view, lend itself to this kind of procedure where the state of mind of each claimant is a material ingredient to the success of each individual claimant and to all claimants as a group (Compare CUB-3416—December

membre du groupe de travailleurs de même classe ou de même rang employés immédiatement avant l'arrêt de travail dans l'entreprise touchée par le conflit ne participe au conflit collectif, ne le finance ni n'y est directement intéressé.

La non-participation de l'appelant lui-même n'est pas mise en doute. D'après la preuve, l'appelant s'est rendu à la ligne de piquetage une dizaine ou douzaine de fois au cours de la grève et, chaque fois, a été empêché de la franchir par les piqueteurs qui lui ont proféré des menaces. Sur ce point, les conclusions du conseil arbitral et du juge-arbitre concordent. Les motifs du juge-arbitre contiennent le passage suivant:

Je suis convaincu que la jurisprudence établie n'exige pas qu'un prestataire subisse effectivement des blessures corporelles pour pouvoir établir qu'il ne participait pas au conflit collectif. Il suffit qu'il ait des motifs raisonnables de croire qu'il en aurait été ainsi. Je ne doute pas le moindrement du monde que ce prestataire aurait subi des blessures corporelles s'il avait insisté. La conclusion du conseil arbitral n'était pas absurde en l'occurrence et l'appel de la décision du conseil doit être rejeté.

La Cour d'appel fédérale n'a trouvé rien à redire à ces conclusions. Que l'appelant ait rempli les exigences de l'al. 44(2)*a*) n'est pas en cause. À ce propos, l'intimé ne conteste pas les conclusions du conseil arbitral et du juge-arbitre.

En ce qui a trait à l'al. 44(2)*b*), toutefois, la Cour d'appel fédérale a estimé non seulement que l'appelant ne s'était pas acquitté de l'obligation qui lui incombait en matière de preuve, mais aussi que le juge-arbitre n'a même pas abordé cette question. Le juge Heald, au nom de la cour, a dit:

À notre avis, la preuve versée au dossier ne satisfait pas aux exigences de l'alinéa 44(2)b). Le prestataire demande que l'appel qu'il a interjeté serve à régler le sort de sa demande, de même que celui des demandes d'une quinzaine de ses compagnons de travail. La Commission a accepté seulement que ce soit la décision rendue à l'égard du prestataire qui s'applique à ses quinze compagnons de travail. Rien ne nous prouve qu'il existe une entente portant que la preuve déposée par chacun des prestataires satisfait à tous égards aux exigences de l'alinéa b) du paragraphe 44(2). À notre avis, l'article 44 ne se prête pas à ce genre de procédure, étant donné que l'état d'esprit de chacun des prestataires constitue l'un des éléments essentiels du succès de sa

28, 1973). In any event, since the Umpire did not address the issue of compliance with the requirements of Subsection 44(2)(b) and since the evidence herein does not, in our view, establish compliance with that subsection, it follows that the Section 28 application should be allowed . . .

The appellant raises the three following points:

- A claimant under the Act is not required to prove the state of mind of each member of his grade or class of worker ("the Class") in order to prove that no members of the Class are "participating" in a labour dispute, within the meaning of Section 44(2)(b) of the Act.
- The Court of Appeal erred in determining that the agreement of the parties that the facts and determinations in the Appellant's case would be "representative" of the facts and determinations in the cases of all other members of the Class, did not satisfy the requirements of Section 44(2)(b) of the Act.
- The Court of Appeal erred in determining that the Umpire did not address the issue of compliance with Section 44(2)(b) of the Act.

The respondent does not dispute the first point and so told the Court at the hearing. It is not argued in his factum. The respondent rather states:

The question of whether a claimant, or members of a grade or class of workers to which he belongs, are participating in a labour dispute is a question of fact to be determined in each case.

With this, I agree.

I also agree with the following extracts from the respondent's factum describing the object of s. 44 and the manner in which it operates within the scheme of the Act:

. . . one of the objects of the *Act* is to ensure that unemployment insurance benefits are paid only to claimants who have made a genuine effort to report for work. See, for example, sections 40 and 41 of the *Act*. In the context of labour disputes, that objective is attained by provisions that disentitle not only those directly involved

demande, qu'il la présente individuellement ou collectivement (comparer avec CUB-3416—28 décembre 1973). Quoi qu'il en soit, le juge-arbitre ne s'est pas penché sur la question de savoir si les exigences du paragraphe 44(2)b) avaient été satisfaites et, selon nous, la preuve en l'espèce ne nous permet pas de conclure qu'elles l'ont été. Il s'ensuit donc que la demande fondée sur l'article 28 doit être accueillie . . .

L'appelant soulève les trois points suivants:

[TRADUCTION]

- La Loi n'oblige pas un prestataire à prouver l'état d'esprit de chaque membre du groupe de travailleurs de même classe ou de même rang que lui («la classe») afin d'établir qu'aucun membre de la classe ne «participe» à un conflit collectif, au sens de l'al. 44(2)b) de la Loi.
- La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que l'entente entre les parties portant que les faits et les déterminations dans le cas de l'appelant seraient «représentatifs» dans le cas de tous les autres membres de la classe, ne satisfaisait pas aux exigences de l'al. 44(2)b) de la Loi.
- La Cour d'appel a commis une erreur en concluant que le juge-arbitre ne s'est pas penché sur la question de savoir si l'on s'est conformé à l'al. 44(2)b) de la Loi.

Comme il l'a signalé à la Cour lors de l'audience, l'intimé ne conteste pas le premier point et il est passé sous silence dans son mémoire. L'intimé affirme plutôt:

[TRADUCTION] La question de savoir si un prestataire ou les membres d'un groupe de travailleurs de même classe ou de même rang auquel il appartient participent à un conflit de travail est une question de fait à trancher en fonction de la situation qui se présente dans chaque cas.

J'abonde dans le même sens.

Je souscris en outre à ce qu'on dit dans les passages reproduits ci-après tirés du mémoire de l'intimé, qui décrivent l'objet de l'art. 44 et la manière dont il joue dans le régime créé par la Loi:

[TRADUCTION] . . . la *Loi* a notamment pour objet de garantir que les prestations d'assurance-chômage ne sont payées qu'à des prestataires qui ont réellement essayé de se présenter au travail. Voir, par exemple les art. 40 et 41 de la *Loi*. Dans le contexte de conflits de travail, ce but est atteint au moyen de dispositions prévoyant l'inadmissibilité non seulement des personnes directement impliquées dans un tel conflit, mais aussi

in a labour dispute but, also, others who extend support to those directly involved.

. . .

Consistent with the objective of these provisions, Parliament has provided that a claimant may establish that he is not disentitled for benefits if he proves that:

a) he is not participating in the labour dispute; and

b) if he belongs to a grade or class of workers employed at the premises, such group does not include members who are participating in the dispute.

The disentitlement is imposed collectively upon claimants who belong to a grade or class of workers that included members who were employed at the premises and are participating in the dispute. This ensures that benefits are not paid to claimants who, personally or through the actions of members of a grade or class of workers to which they belong, extend support to persons directly involved in the dispute.

It is respectfully submitted that these provisions do not require claimants to expose themselves to danger to avoid being disentitled for benefits. They, and the other members of a grade or class of workers to which they belong, must make a genuine effort to report for work. But if, having done so, they are unable safely to report to work because of violence or threats of violence at a picket line, or otherwise, they will not be considered to be participating in the labour dispute.

The appellant does not challenge these propositions of the respondent.

We are left then with the second and third points raised by the appellant.

The respondent, on the other hand, defines the issues in the following manner:

The issues in this appeal are:

a) Whether there was any evidence and finding of fact by the Board of Referees or the Umpire that the Appellant did not belong to a grade of workers that included members who were participating in the labour dispute at the premises of their employment; and

b) Whether the agreement of the parties that " . . . the decision of the Board of Referees with

d'autres personnes qui soutiennent ceux qui y participent directement.

. . .

Conformément à l'objet de ces dispositions, le Parlement a édicté qu'un prestataire peut établir son droit de toucher des prestations s'il prouve:

a) qu'il ne participe pas au conflit de travail; et,

b) s'il appartient à un groupe de travailleurs de même classe ou de même rang qui exerçaient un emploi à l'endroit en question, que ce groupe ne compte pas des membres qui participent au conflit collectif.

L'inadmissibilité est imposée à un ensemble de prestataires qui appartiennent à un groupe de travailleurs de même classe ou de même rang dont certains membres exerçaient un emploi à l'endroit en question et participent au conflit de travail. De cette manière, on évite que des prestations soient versées à des prestataires qui, soit personnellement, soit par les actes de membres d'un groupe de travailleurs de même classe ou de même rang auquel ils appartiennent, donnent du soutien à des personnes participant directement au conflit.

Avec égards, ces dispositions n'exigent pas que les prestataires s'exposent au danger afin de ne pas être frappés d'inadmissibilité aux prestations. Eux, ainsi que les autres membres d'un groupe de travailleurs de même classe ou de même rang auquel ils appartiennent, doivent réellement tenter de se présenter au travail. Toutefois, si, ayant fait cela, ils ne peuvent pas en toute sécurité se rendre au travail pour cause de violence ou de menaces de violence sur la ligne de piquetage ou ailleurs, ils ne seront pas considérés comme des participants au conflit de travail.

L'appelant ne trouve rien à redire à ces propositions avancées par l'intimé.

Reste donc les second et troisième points qu'a soulevés l'appelant.

L'intimé pour sa part formule de la manière suivante les questions en litige:

[TRADUCTION] Les questions posées par ce pourvoi sont de savoir:

a) si la preuve établissait et si le conseil arbitral ou le juge-arbitre a conclu que l'appelant n'appartenait pas à un groupe de travailleurs de même rang dont certains membres ont participé au conflit collectif à l'endroit où ils travaillaient; et

b) si l'entente entre les parties selon laquelle « . . . la décision du conseil arbitral relativement à (l'ap-

respect to (the Appellant) will be applied to each claimant ... " relieved the Appellant of the requirement of establishing that he did not belong to a grade or class of workers that included members who participated in the labour dispute.

It is difficult to find a common denominator underlying the issues as described by one and then by the other.

Simply put, the issue, in my view, is whether the requirements of s. 44(2)(*b*) have been met. The Federal Court of Appeal was of the view that the issue of s. 44(2)(*b*) had not been addressed and hence not disposed of.

In my understanding the position of the appellant is twofold. First, the decision of the Board of Referees relates to all members of the Union and is to the effect that they did not participate in the labour dispute. It is tantamount to a declaration that none of the members of the appellant's grade or class participated and this is sufficient to satisfy s. 44(2)(*b*) and dispose of the issue. The appellant writes: "The Board ... held such evidence to be conclusive proof that "they" (i.e. the Appellant and the Class) did not participate in the labour dispute".

Secondly, if the decision of the Board is a decision in the case of Valois only and not a declaration with respect to all, then applying the decision of the Board to all claimants, as it was agreed to do, entails that like Valois none of them participated. This also disposes of the s. 44(2)(*b*) issue.

In my respectful view, both propositions are well founded and the appellant should succeed on the basis of either one of them.

Before examining more closely these two propositions, mention must be made of the point raised by the appellant that only at the level of the Court of Appeal did the respondent contend that the Board had failed to make a finding under s. 44(2)(*b*). The appellant argued in essence that the respondent should not have been permitted to submit this new ground to the Court of Appeal

pelant) sera appliquée à chaque prestataire ... » déchargeait l'appelant de l'obligation de prouver qu'il n'appartenait pas à un groupe de travailleurs de même classe ou de même rang dont certains membres ont participé au conflit de travail.

Il est difficile de trouver des points communs sous-tendant les questions en litige telles que formulées par les deux parties.

En termes simples, la question, selon moi, est de savoir si l'on a rempli les exigences de l'al. 44(2)*b*). La Cour d'appel fédérale a été d'avis que la question de l'al. 44(2)*b*) n'avait pas été examinée et restait donc entière.

Si je comprends bien, la position de l'appelant comporte deux volets. Premièrement, la décision du conseil arbitral vise tous les membres du syndicat et porte que ceux-ci n'ont pas participé au conflit de travail. Elle équivaut en fait à une déclaration qu'aucun membre du groupe de travailleurs de même classe ou de même rang que l'appelant n'y a participé et cela suffit pour satisfaire aux exigences de l'al. 44(2)*b*) et pour régler le litige. L'appelant a écrit: [TRADUCTION] «Le conseil [...] a jugé que cette preuve établissait d'une façon concluante qu'«ils» (c.-à-d. l'appelant et la classe) n'ont pas participé au conflit collectif».

En deuxième lieu, si la décision du conseil ne porte que sur le cas de Valois et ne constitue pas une déclaration visant tous les autres prestataires, alors son application à chacun des prestataires, conformément à l'entente, entraîne que, pas plus que Valois, ils n'ont participé au conflit de travail. Cela aussi tranche la question relative à l'al. 44(2)*b*).

J'estime avec égards que les deux arguments sont bien fondés et que l'un ou l'autre justifie une décision en faveur de l'appelant.

Avant d'entreprendre un examen plus approfondi de ces deux propositions, il faut mentionner un point soulevé par l'appelant, savoir que c'est seulement en Cour d'appel que l'intimé a fait valoir que le conseil avait omis de prendre en considération l'al. 44(2)*b*). L'appelant soutient en substance que l'on n'aurait pas dû permettre à l'intimé d'invoquer ce nouveau moyen en Cour

and should not be permitted to submit it to our Court. The appellant writes:

The Commission did not contend prior to the proceeding before the Court of Appeal that the Board had failed to make a finding under Section 44(2)(b) of the Act. The case before the Umpire was argued on the basis of whether the respondent was participating in the labour dispute.

Indeed, although s. 44(2)(*b*) was referred to, it was not the primary issue put before the Board and the Umpire by the Commission. The position of the Commission was that the appellant and the other members of his Union voluntarily honoured the picket line and thus themselves became participants in the labour dispute. In the written observations of the Commission to the Board of Referees, it was stated:

The claimant, a member of Local 865 International Union of Operating Engineers, along with other employees, members of the same union, voluntarily honoured picket lines set up by the striking union, Locals 134 and 249 Canadian Paperworkers Union, thereby becoming participants in the dispute .... As a result, the claimant and members of his grade and class, are unable to prove all the requirements of Section 44(2) of The Unemployment Insurance Act, necessary to obtain relief from disentitlement imposed under Section 44(1).

. . .

The issue in this case, and those whose names are on the nominal list, is that voluntary honouring of picket lines constitutes participation in the dispute.

. . .

With respect to the case at hand, there is no evidence whatsoever of violence or threats of violence whereas there is evidence of voluntary honouring of picket lines based on the principles of union solidarity.

Information from the employer which appears in Exhibits 4.4 and 4.8 reveals that members of the claimant's grade and class and union failed to cross the picket lines even though the lines are reported as orderly. The employer also confirms that work was available. It should be noted that Office Staffs were able to report to work. Consequently, the claimant and those whose names appear on the nominal list of appellants cannot

d'appel et qu'il ne devrait pas lui être permis de le faire en cette Cour. L'appelant a écrit:

[TRADUCTION] La Commission n'a pas fait valoir antérieurement aux procédures devant la Cour d'appel que le conseil avait omis de prendre en considération l'al. 44(2)b) de la Loi. Devant le juge-arbitre, la cause a été plaidée en fonction de la question de savoir si l'intimé participait au conflit de travail.

En fait, bien qu'on ait mentionné l'al. 44(2)*b*), ce n'était pas là la question principale que la Commission a soumise au conseil et au juge-arbitre. La Commission a allégué que l'appelant et les autres membres de son syndicat ont volontairement respecté la ligne de piquetage, devenant ainsi eux-mêmes participants au conflit de travail. Dans les observations écrites qu'elle a présentées au conseil arbitral, la Commission a dit:

[TRADUCTION] Le prestataire, membre de la section locale 865 de l'Union internationale des opérateurs de machines lourdes, ainsi que d'autres employés, membres du même syndicat, ont volontairement respecté des lignes de piquetage dressées par les sections locales 134 et 249 du Syndicat canadien des travailleurs du papier qui faisaient la grève, devenant ainsi des participants au conflit [. . .] Par conséquent, le prestataire et les syndiqués de même classe et de même rang se trouvent dans l'impossibilité de prouver qu'ils ont satisfait à toutes les exigences posées par le par. 44(2) de la Loi sur l'assurance-chômage, exigences qu'il faut remplir pour ne pas être frappé d'inadmissibilité en vertu du par. 44(1).

. . .

Le point capital en l'espèce en ce qui concerne les personnes dont les noms figurent sur la liste nominative est que respecter volontairement des lignes de piquetage constitue une participation au conflit.

. . .

Dans la présente espèce, il n'y a aucune preuve de violence ou de menaces de violence, tandis qu'il existe des éléments de preuve établissant le respect volontaire des lignes de piquetage conformément au principe de la solidarité syndicale.

Des renseignements provenant de l'employeur contenus dans les pièces 4.4 et 4.8 révèlent que des salariés de la même classe, du même rang et du même syndicat que le prestataire n'ont pas franchi les lignes de piquetage, quoiqu'on dise que l'ordre y régnait. De plus, l'employeur confirme qu'il y avait du travail. Il est à noter que les membres du personnel de bureau ont pu travailler. Par conséquent, le prestataire et les personnes dont

prove all the provisions for relief from disentitlement under Section 44(2) namely, participation.

In the written observations of the Commission to the Umpire, the following statements were made:

Members of other unions (including the claimant) working on the same premises, lost their employment by reason of the stoppage of work attributable to the CPU labour dispute and participated in the said dispute when they failed to cross the picket line to report for work.

. . .

The Commission submits that the evidence on file does not support the Board's finding that there was genuine fear of violence on the part of the claimant.

. . .

The Commission submits that the claimant failed to prove that neither he nor the others for whom this representative proceeding has been taken, were participating in the strike as interpreted in the jurisprudence. Therefore, neither he nor the others included in this appeal have proven that they ought to find relief under Section 44(2) of the Act.

The primary issue therefore was whether or not the appellant and the other members of his Union were participating in the labour dispute by voluntarily honouring the picket line and whether or not there was genuine fear to justify their not crossing the picket line.

The point made by the appellant may be well taken but need not, in my view, be decided as the s. 44(2)(*b*) argument of the respondent would not be decisive against the appellant in this case. Indeed, as already mentioned, the appellant is entitled to succeed on either one of his two propositions.

Dealing with the appellant's first proposition, I turn now to the evidence before the Board, including the information provided by the Commission in its observations and that disclosed at the Board's hearing, and to the decision of the Board.

les noms figurent sur la liste nominative d'appelants ne sont pas en mesure de prouver la non-participation et ils ne satisfont donc pas à toutes les conditions qui, suivant le par. 44(2), doivent être remplies si l'on veut échapper à l'inadmissibilité.

Dans les observations écrites présentées par la Commission au juge-arbitre on trouve les passages suivants:

[TRADUCTION] Des membres d'autres syndicats (y compris le prestataire) qui travaillaient au même endroit ont perdu leur emploi du fait de l'arrêt de travail dû au conflit avec le SCTP et sont devenus des participants à ce conflit quand ils n'ont pas franchi la ligne de piquetage pour se présenter au travail.

. . .

La Commission soutient que la conclusion du conseil à l'existence chez le prestataire d'une crainte réelle de violence n'est pas appuyée par la preuve.

. . .

La Commission soutient que le prestataire n'a pas réussi à établir que ni lui ni les autres personnes au nom desquelles ces procédures ont été engagées, ne participaient, au sens où l'entend la jurisprudence, à la grève. En conséquence, ni lui ni les autres personnes susmentionnées n'ont prouvé qu'ils devraient bénéficier du par. 44(2) de la Loi.

La question principale était donc de savoir si l'appelant et les autres membres de son syndicat ont participé au conflit de travail en respectant volontairement la ligne de piquetage et si leur refus de franchir celle-ci était justifié par une crainte réelle.

Il se peut que le point soulevé par l'appelant soit bien fondé mais, selon moi, nous n'avons pas à le trancher parce que l'argument de l'intimé fondé sur l'al. 44(2)*b*) ne serait pas décisif contre l'appelant en l'espèce. En effet, comme je l'ai déjà signalé, l'appelant doit obtenir gain de cause, que ce soit l'un ou l'autre de ses deux arguments qui soit retenu.

Étudions d'abord la première proposition avancée par l'appelant. Dans ce contexte, j'entreprends ici un examen, d'une part, de la preuve produite devant le conseil arbitral, y compris les renseignements fournis par la Commission dans ses observations ainsi que ceux qui se sont dégagés au cours de l'audience devant le conseil, et, d'autre part, de la décision de celui-ci.

The appellant submits that the evidence before the Board was that threats of violence had been made against those who attempted to cross the picket line and that the Union and the employer had executed a letter of understanding whereby members of the Union would report to work, provided they could "safely cross the picket line".

The respondent submits that there was no evidence before the Board of Referees that the grade of workers to which the appellant belonged did not include members who were participating in the labour dispute by voluntarily refusing to cross the picket line of other workers who were on strike, as required by s. 44(2)(*b*) of the Act.

The respondent quotes the following passage from the statements of the appellant at the hearing as he was questioned by the Commission's representative, Mr. Laine:

Laine: When you were there did you notice, were you aware that there were other members of your union around at the time?

Valois: No, I didn't notice any others, no.

Laine: Have you had conversations with any of your fellow members as to problems that they had approaching picket lines, if they did so?

Valois: Not really. The impression I got was that some of them waited until the next week when everybody got calmed down because the first three or four days the men were quite worked up and they ran into the same problems I ran into the next Tuesday just asking if they could go to work, and they were told no.

With regard to the last answer where the appellant relies on the impression he got, it is manifest that this is not the best evidence. Yet where he says "they ran into the same problems I ran into" he is clearly referring to his fellow Union members, all the members of his class or grade.

L'appelant prétend que la preuve produite devant le conseil révèle que des menaces de violence avaient été proférées à ceux qui tentaient de franchir la ligne de piquetage et que le syndicat et l'employeur avaient signé une lettre d'entente aux termes de laquelle les membres du syndicat se présenteraient au travail à condition de pouvoir [TRADUCTION] «franchir en toute sécurité les lignes de piquetage».

L'intimé soutient que l'on n'a pas établi devant le conseil arbitral que le groupe de travailleurs de même rang auquel appartenait l'appelant ne comptait pas des membres qui ont participé au conflit de travail en refusant volontairement de franchir la ligne de piquetage dressée par d'autres salariés qui faisaient la grève, ce qu'exige l'al. 44(2)*b*) de la Loi.

L'intimé cite le passage suivant tiré des déclarations faites par l'appelant à l'audience en réponse aux questions de M. Laine, le représentant de la Commission:

[TRADUCTION]

Laine: Quand vous étiez sur les lieux, avez-vous remarqué d'autres membres de votre syndicat?

Valois: Non, je n'en n'ai pas vu d'autres.

Laine: Avez-vous eu avec vos collègues syndiqués des conversations sur les problèmes qu'ils ont eus en essayant de franchir les lignes de piquetage, s'ils ont tenté de le faire?

Valois: Pas vraiment. J'ai l'impression que certains d'entre eux ont attendu jusqu'à la semaine suivante pour que les gens puissent se calmer parce que les trois ou quatre premiers jours, les grévistes étaient plutôt agités et ils ont éprouvé les mêmes problèmes que j'ai éprouvés le mardi suivant; quand ils ont demandé s'ils pouvaient aller travailler, on leur a dit non.

Il est évident que cette dernière réponse, dans laquelle l'appelant fait part de l'impression qu'il a eue, ne constitue pas la meilleure preuve. Toutefois, quand il dit qu'«ils ont éprouvé les mêmes problèmes que j'ai éprouvés», il se réfère manifestement à ses collègues syndiqués, c'est-à-dire tous les travailleurs de même classe ou de même rang.

There were also present at that hearing other Union representatives, namely Fred Grigsby, international representative of the International Union of Operating Engineers, and Léo Roy, the local business representative of the Union. Both addressed the Board and said, in part, the following:

Joyal: You did not contribute any of your dues to finance that strike?

Grigsby: You'd better believe it.

. . .

Grigsby: ... We are taking the position that at no time did we refuse to go to work, and we'll bring evidence to this effect. We've actually tried to work arrangements out with the employer to go to work. I have a statement signed by the managers of the two mills, and Leo Roy, the president of the local here. I would like to enter this here as evidence. I might read it to you first and make copies of this. It's a letter of understanding between Abitibi-Price Thunder Bay and Fort William Divisions, and Abitibi-Price Fine Papers Port Arthur Division and the International Union of Operating Engineers Local 865, and it's dated July 7th, 1980: "During the term of the strike now in effect the International Union of Operating Engineers Local 865 agrees to provide qualified employees to perform essential services and emergency repairs deemed necessary by the company, to ensure the safety and security of mill property and facilities provided employees can safely cross the picket lines without any form of physical harassment or intimidation to themselves and their families...."

. . .

Grigsby: Well, I says that we were intimidated–we were threatened and the specific language that was used was the kind of thing.

. . .

Grigsby: ... That we would try to keep all of these things in order, the company would in turn

Ont également comparu à cette audience-là d'autres représentants syndicaux, savoir Fred Grigsby, représentant international de l'Union internationale des opérateurs de machines lourdes, et Léo Roy, représentant d'affaires locales de ce syndicat. L'un et l'autre ont pris la parole devant le conseil arbitral et ont dit notamment ceci:

[TRADUCTION]

Joyal: Vous n'avez affecté aucune partie de vos cotisations au financement de cette grève?

Grigsby: Du tout.

. . .

Grigsby: ... Nous prenons la position que nous n'avons à aucun moment refusé de nous présenter au travail et nous entendons apporter des éléments de preuve à l'appui de cette position. Nous avons même essayé de nous arranger avec l'employeur pour que nous puissions travailler. J'ai en ma possession une déclaration signée par les directeurs des deux usines et par Léo Roy, président de la section locale ici. J'aimerais la produire en preuve. Je pourrais vous la lire d'abord et puis en faire faire des copies. Il s'agit d'une lettre datée du 7 juillet 1980 constatant une entente intervenue entre les divisions de Thunder Bay et de Fort William d'Abitibi-Price et la division de Port Arthur d'Abitibi-Price Fine Papers d'une part et la section locale 865 de l'Union internationale des opérateurs de machines lourdes d'autre part: «La section locale 865 de l'Union internationale des opérateurs de machines lourdes s'engage pendant la durée de la grève présentement en cours de fournir des employés qualifiés pour assurer les services essentiels, pour effectuer les réparations d'urgence jugées nécessaires par la société et pour assurer la sûreté et la sécurité des biens et des installations des usines, pourvu que les employés puissent franchir en toute sécurité les lignes de piquetage sans qu'eux ou leur famille ne soient exposés à la violence ou à l'intimidation...»

. . .

Grigsby: Bien, je dis que nous avons été intimidés; on nous a fait des menaces et le type de langage employé en est un exemple.

. . .

Grigsby: ... Que nous essayerions de voir à toutes ces choses-là, que la société de son côté

try to do some things for us in terms of insurance and medical programs, this kind of thing, and we just couldn't get through. And to get back to what I said earlier, the company, in Exhibit 4, said we couldn't get through the picket lines, they recognized this.

. . .

Grigsby: I would just like this observation, that this is the first time the CPU were able to outmanoeuvre Abitibi in that they picked 19 mills, and for what reason I don't know, but we experienced—with the exception of the one mill Provincial—wherever we were we experienced resistance this time that we never experienced before ....—this time they shut the door down completely and you could see for the first time ever we were stopped at the picket line ....

It can be seen from the above extracts that Grigsby, who kept using the pronoun "we", was speaking in the name of and with respect to all the members of his Union employed at the Thunder Bay mill.

Roy, in the following extract, refers to the situation on the picket line at two mills, one of which being that at Thunder Bay:

Roy: I drove by there, I got pretty close to both Mills. As a matter of [f]act I live in [C]urrent River, if you know where that is. The mills are only a few miles apart from my house, and I drove by there every hour in case of a little action, and you couldn't even stop your car.

From a reading of the transcript of the oral hearing before the Board of Referees, it is apparent that it is an informal hearing. Mr. Grigsby and Mr. Roy were not sworn witnesses. In fact, the appellant himself, who was examined by both sides, does not appear to have been sworn. Be that as it may, no issue was taken with regard to that procedure. On the contrary, Mr. Laine, who represented the Commission at the hearing, when asked at the end whether he had any more questions, replied:

essayerait de faire certaines choses pour nous dans le domaine des régimes d'assurance et des régimes médicaux et des choses du genre, mais nous n'avons tout simplement pas pu franchir les lignes de piquetage. Et pour revenir à ce que je disais tout à l'heure, la société, dans la pièce 4, dit que nous n'avons pas pu franchir les lignes de piquetage, elle a reconnu cela.

. . .

Grigsby: J'aimerais simplement faire remarquer que pour la première fois le SCTP a pu prendre le dessus sur Abitibi parce qu'il a choisi 19 usines. Je ne sais pas pourquoi il l'a fait, mais nous avons éprouvé—à l'exception d'une seule usine, l'usine Provincial,—nous avons rencontré cette fois-ci de la résistance partout, ce qui ne nous était jamais arrivé auparavant [...] Cette fois-ci ils ont fermé les usines complètement et, pour la première fois, nous avons été dans l'impossibilité de franchir les lignes de piquetage ...

Il ressort des passages reproduits ci-dessus que Grigsby, qui se servait toujours du pronom «nous», parlait au nom et au sujet de tous les membres de son syndicat employés à l'usine de Thunder Bay.

Roy, dans l'extrait suivant, parle de la situation qui régnait sur la ligne de piquetage de deux usines, dont celle de Thunder Bay.

[TRADUCTION]

Roy: J'ai fait un tour par là et je suis passé assez près des deux usines. En fait, j'habite Current River, si vous connaissez l'endroit. Les usines ne sont qu'à quelques milles de chez moi et je suis passé par là toutes les heures au cas où il se passerait quelque chose, et on ne pouvait même pas arrêter sa voiture.

Il appert à la lecture de la transcription de l'audience devant le conseil arbitral qu'il s'agit d'une audience informelle. MM. Grigsby et Roy n'étaient pas des témoins assermentés. En fait, l'appelant lui-même, qui a été interrogé par les deux parties, ne paraît pas avoir prêté serment. Quoi qu'il en soit, cette façon de procéder n'a suscité aucune contestation. Au contraire, à la fin de l'audience, quand on a demandé à M. Laine, qui y représentait la Commission, s'il avait d'autres questions à poser, il a répondu:

Laine: I am satisfied with the information from the Thunder Bay Mill.

It follows from the above that the Union did not contribute financially to the strike, that it was willing to have its members cross the picket lines, if it could be done safely, that a letter of understanding to that effect, read into the record by Mr. Grigsby, was executed between the Union and the employer, and that there were serious threats proferred by the pickets.

These features clearly distinguish this case from that of *Carrozzella*, *supra*, on which the respondent relied, where the Federal Court of Appeal unanimously reversed the decision of an Umpire and restored the decision of the Board of Referees refusing the claimant's application. In that case the claimant did not cross the picket line, not because of intimidation, but because the Local of his Union at the plant where he had obtained employment honoured the picket line of other striking trades and if he did not do likewise his "travel card" would be revoked and he would lose his job. The judgment of the Court of Appeal is summarized in the following extract from the headnote:

> There is a strong presumption when a person does not cross a picket line that he is doing so out of sympathy with the strikers. This presumption can be rebutted if, for example, he truly feared actual violence. The Board of Referees found that there was no proof of intimidation and that the respondent was following the rules of the London Local, which honoured picket lines, and was therefore participating in the work stoppage. To reverse that finding the Umpire would have had to find that the respondent fell within both paragraphs (*a*) and (*b*) of subsection 44(2). Since he did not give consideration to the requirements of paragraph (*b*) and he did not reverse, on proper grounds, the finding of the Board of Referees, subsection 44(2) cannot be applicable.

In the case at bar, on the basis of the information it had obtained from the appellant and the Union representatives and of the information provided in the observations of the Commission, the Board of Referees wrote:

[TRADUCTION]

Laine: Les renseignements provenant de l'usine de Thunder Bay sont suffisants.

Il découle de ce qui précède que le syndicat n'a pas contribué pécuniairement à la grève, qu'il ne s'opposait pas à ce que ses membres franchissent les lignes de piquetage, si cela pouvait se faire en sécurité, qu'une lettre d'entente dans ce sens-là, versée au dossier par M. Grigsby, a été signée par le syndicat et l'employeur, et que les piqueteurs ont fait des menaces sérieuses.

De par ces caractéristiques, la présente espèce se distingue nettement de l'affaire *Carrozzella*, précitée, sur laquelle s'est appuyé l'intimé. Dans cette affaire-là, la Cour d'appel fédérale à l'unanimité a infirmé la décision d'un juge-arbitre et a rétabli celle du conseil arbitral rejetant la demande du prestataire. Celui-ci s'est abstenu de franchir la ligne de piquetage, non pas pour cause d'intimidation, mais parce que la section locale de son syndicat à l'usine où il avait été embauché a respecté la ligne de piquetage dressée par les gens d'autres métiers qui faisaient la grève et, si le prestataire n'en faisait pas autant, sa «carte de transfert syndical» serait révoquée et il perdrait son emploi. L'arrêt de la Cour d'appel est résumé dans le passage suivant tiré du sommaire:

> Lorsqu'une personne s'abstient de franchir une ligne de piquetage, il y a une forte présomption qu'elle le fait par sympathie envers les grévistes. Elle peut repousser cette présomption si, par exemple, elle craignait une manifestation de violence. Le Conseil arbitral a décidé qu'il n'y a eu aucune preuve d'intimidation et que l'intimé avait observé les règlements de la section locale de London qui s'est abstenue de franchir les lignes de piquetage et que, par conséquent, il avait participé à l'arrêt de travail. Pour infirmer cette décision, le juge-arbitre devait conclure que les alinéas 44(2)*a*) et *b*) s'appliquaient tous deux à l'intimé. Puisqu'il n'a pas tenu compte des conditions d'application de l'alinéa *b*) et qu'il n'a pas infirmé, pour des motifs valables, la conclusion du Conseil arbitral, le paragraphe 44(2) ne peut s'appliquer.

Dans la présente affaire, le conseil arbitral, en se fondant sur les renseignements obtenus de l'appelant et des représentants syndicaux et sur ceux contenus dans les observations de la Commission, a écrit:

The evidence obtained from some members of the IBEW and IUOE indicates that although not molested there was very threatening language and credence of their hesitation in the face of these threats and considering that they only represent a very small percentage of the total employees concerned it would not have been prudent for them to force the issue.

The Board then concluded:

Taking these facts into consideration, and accepting as representative, the statements of the witnesses who attempted to cross the picket lines, the Board agrees that there was some danger of violent action and it is the unanimous opinion of the Board that they did not participate in accordance with existing jurisprudence. The appeal is allowed.

As the appellant suggests and given the evidence before the Board, the decision that "they" did not participate was a decision referring to all the members of the Union. Thus no members of the grade or class participated in the labour dispute and this, in my view, is sufficient to dispose of the s. 44(2)(*b*) issue. The same can be said about the decision of the Umpire confirming that of the Board.

As to the appellant's second proposition, much of the argument turned on the meaning and effect of the agreement between the parties recorded by the Commission in these terms:

The decision of the Board of Referees with respect to Randolph Valois will be applied to each claimant whose name appears on this list.

The respondent agrees that this is a proper case for a representative proceeding, but he submits:

The Commission agreed that the decision of the Board of Referees would be applied to each claimant whose name appears on the list submitted with this appeal. If the Appellant established that the grade or class of workers to which he belongs did not include members who were employed at the premises and were participating in the dispute, the other claimants who belong to the same group would also be able to establish that fact, and the Commission, by its agreement, relieved those claimants of the obligation to prove that same fact in each case provided it was proven in the case of the Appellant. Thus the Umpire correctly asserted

[TRADUCTION] D'après ce qui ressort des témoignages recueillis auprès de certains membres de la FIOE et de la UIOML, bien que personne n'ait été molesté, on a employé un langage très menaçant. Leur hésitation face à ces menaces était donc justifiée et, étant donné qu'ils ne représentent qu'un très faible pourcentage du nombre total d'employés en question, il aurait été imprudent de leur part de s'obstiner.

Puis, le conseil a conclu:

[TRADUCTION] Étant donné ces faits et tenant pour représentatives les déclarations des témoins qui ont tenté de franchir les lignes de piquetage, le conseil convient qu'il y a eu un certain danger de violence et estime à l'unanimité qu'ils n'ont pas participé au sens où l'entend la jurisprudence. L'appel est accueilli.

Compte tenu de la preuve produite devant le conseil et comme l'allègue l'appelant, la conclusion qu'«ils» n'ont pas participé s'appliquait à tous les membres du syndicat. Il s'ensuit qu'aucun membre du groupe de travailleurs de même classe ou de même rang n'a participé au conflit de travail et cela, selon moi, suffit pour trancher la question reliée à l'al. 44(2)*b*). Les mêmes observations s'appliquent à la décision du juge-arbitre confirmant celle du conseil.

Pour ce qui est de la seconde proposition de l'appelant, une grande partie du débat a porté sur le sens et l'effet de l'entente intervenue entre les parties, laquelle a été constatée par la Commission dans les termes suivants:

La décision du conseil arbitral relativement à Randolph Valois sera appliquée à chaque prestataire dont le nom figure sur cette liste.

L'intimé convient qu'un recours collectif est approprié en l'espèce, mais il fait valoir:

[TRADUCTION] La Commission est d'accord pour que la décision du conseil arbitral s'applique à tous les prestataires dont le nom figure sur la liste présentée dans le cadre de cet appel. Si l'appelant établissait que le groupe de travailleurs de même classe ou de même rang auquel il appartient ne comprenait pas des membres qui étaient employés aux usines en question et qui participaient au conflit, les autres prestataires appartenant au même groupe seraient également en mesure d'établir ce fait, et la Commission, par son entente, a libéré ces prestataires de l'obligation de prouver ce même fait dans chacun de leurs cas, pourvu qu'il soit prouvé dans le cas

that the cases of the others were "on all fours" with that of the Appellant.

The Commission never agreed that proof that the Appellant was not participating in the labour dispute would be accepted as proof that the grade or class of workers to which he belongs did not include members who were employed at the premises and were participating in the dispute. Rather, as may be seen from the facts referred to in paragraphs 5 and 11 of this Factum, the Commission clearly put that fact in issue before both the Board of Referees and the Umpire.

It may be true that, as framed, the agreement does not refer to the facts, but only to the decision. It is to be remembered, however, that there were before the Board of Referees not just one application, that of the appellant, but fifteen applications namely that of the appellant and those of his fourteen fellow members of his Union which the Union itself presented to the Board in the name of its members. As put by the appellant in his factum:

> If the representative claimant is not participating in the labour dispute, then the other members of his grade or class whom he represents are also not participating in the labour dispute.

To put it another way, if the decision in the case of the appellant is that he did not participate in the labour dispute, that decision applied to the others means that none of them participated. In my respectful view, this is sufficient to satisfy the requirements of s. 44(2)(*b*). The effect of the decision of the Board of Referees and of the Umpire once applied to all the others is that none of the members of the Union participated in the labour dispute and that disposes of the s. 44(2)(*b*) issue.

I would allow the appeal, reverse the judgment of the Court of Appeal, dismiss the s. 28 application and restore the decision of the Umpire confirming the decision of the Board of Referees, with costs in this Court and in the Federal Court of Appeal.

de l'appelant. C'est donc avec raison que le juge-arbitre a affirmé que le cas des autres était «semblable» à celui de l'appelant.

La Commission n'a jamais admis qu'une preuve que l'appelant ne prenait pas part au conflit de travail soit acceptée comme preuve que le groupe de travailleurs de même classe ou de même rang auquel il appartient ne comprenait pas des membres qui étaient employés à l'endroit en question et qui participaient au conflit. Au contraire, comme le révèlent les faits mentionnés aux alinéas 5 et 11 du présent mémoire, la Commission a clairement mis ce fait-là en cause aussi bien devant le conseil arbitral que devant le juge-arbitre.

Certes, l'entente telle qu'elle est rédigée ne mentionne que la décision et non pas les faits. On doit se rappeler toutefois que le conseil arbitral se trouvait saisi non pas de la seule demande de l'appelant mais de quinze demandes, celle de l'appelant et celles des quatorze autres membres de son syndicat. Ces demandes, le syndicat lui-même les a présentées au conseil au nom de ses membres. Comme l'a souligné l'appelant dans son mémoire:

> [TRADUCTION] Si le prestataire qui représente les autres prestataires ne participe pas au conflit de travail, il s'ensuit que les autres membres du groupe de travailleurs de même classe ou de même rang qu'il représente n'y participent pas non plus.

En d'autres termes, s'il est décidé que l'appelant n'a pas participé au conflit de travail, cette décision s'applique aux autres intéressés, de sorte qu'aucun d'entre eux n'y a participé. J'estime avec égards que cela suffit pour satisfaire aux exigences de l'al. 44(2)*b*). L'effet de la décision du conseil arbitral et du juge-arbitre, du moment qu'on l'applique à tous les autres, est qu'aucun membre du syndicat n'a pris part au conflit collectif, ce qui règle la question relative à l'al. 44(2)*b*).

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel, de rejeter la demande fondée sur l'art. 28 et de rétablir la décision du juge-arbitre confirmant celle du conseil arbitral, avec dépens en cette Cour et en Cour d'appel fédérale.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Koskie & Minsky, Toronto.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Koskie & Minsky, Toronto.

Procureur de l'intimé: Frank Iacobucci, Ottawa.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 4, 1986 Vol. 2

4e cahier, 1986 Vol. 2

Cited as [1986] 2 S.C.R. 459-572

Renvoi [1986] 2 R.C.S. 459-572

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Editor in Chief
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

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, 1986.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

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, 1986.

CONTENTS

Air Canada *v.* British Columbia (Attorney General) **539**

Crown — Proceedings against the Crown — Petition of right — Fiat — Appellant seeking redress from Crown for benefits obtained pursuant to an invalid statute — Fiat refused by Lieutenant Governor on advice of provincial Attorney General — Whether mandamus may be issued to direct Attorney General to advise Lieutenant Governor to grant fiat — Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, c. 86.

Bank of Montreal *v.* Wilder **551**

Guarantee — Discharge of surety — Umbrella loan agreement for financing of company business — Subsequent agreement to extend credit for specific projects — Agreement breached by creditor — Whether guarantors entitled to total or partial discharge.

Canadian Marconi *v.* R. **522**

Income tax — Canadian manufacturing and processing profits — Interest from actively managed securities portfolio — Portfolio created from forced sale of business and held pending purchase of new business opportunity — Whether or not income from active business or from property — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 125.1, 248(1), as amended — Income Tax Regulations, SOR/73-495, s. 5200.

Dumas *v.* Leclerc Institute **459**

Prerogative writs — *Habeas corpus* — Availability of remedy — Parole — National Parole Board reversing its decision granting inmate day parole — Decision annulling parole made before inmate acquired the status of parolee — Whether

Continued on next page

SOMMAIRE

Air Canada *c.* Colombie-Britannique (Procureur général) **539**

Couronne — Poursuites contre Sa Majesté — Pétition de droit — Autorisation — L'appelante cherche à obtenir un redressement de la part de Sa Majesté pour des avantages obtenus en vertu d'une loi invalide — Autorisation refusée par le lieutenant-gouverneur sur le conseil du procureur général de la province — Un mandamus peut-il être délivré pour enjoindre au procureur général de conseiller au lieutenant-gouverneur d'accorder l'autorisation? — Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, chap. 86.

Banque de Montréal *c.* Wilder **551**

Cautionnement — Libération de la caution — Accord-cadre de prêt pour le financement de l'activité commerciale de la société — Entente subséquente pour augmenter la marge de crédit pour des projets précis — Violation de l'entente par le créancier — Les garants ont-ils droit à une libération totale ou partielle?

Canadian Marconi *c.* R. **522**

Impôt sur le revenu — Bénéfices de fabrication et de transformation au Canada — Intérêts provenant de valeurs en portefeuille activement gérées — Portefeuille constitué à partir du produit de la vente forcée d'une entreprise et à conserver en attendant l'achat d'une nouvelle entreprise — S'agit-il d'un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement ou d'un revenu provenant de biens? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 125.1, 248(1), et modifications — Règlements de l'impôt sur le revenu, DORS/73-495, art. 5200.

Suite à la page suivante

CONTENTS (Continued)

habeas corpus available in these circumstances to challenge the continuation of the deprivation of liberty.

Ensite Ltd. *v.* R. **509**

Income tax — Calculation of "foreign investment income" for purposes of "dividend refund" — Foreign currency required by Philippine law for establishment of plant there — Elaborate plan to avoid peso devaluation and possibility of currency controls — Plan involving U.S. dollar deposits in the Philippines - Interest from these deposits included in calculation of "foreign investment income" — Whether interest foreign investment income or income from property used in course of carrying on business — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 89(1), 125, 125.1, 129(1), (4).

Montréal (City of) *v.* Steckler **571**

Municipal law — Real estate taxes — Action for recovery — Whether the phrase "any subsequent purchaser" in s. 792 of the Charter of the City of Montreal includes the purchaser in a judicial sale.

R. *v.* Krause **466**

Evidence — Rebuttal — Principal issue of guilt or innocence — Defence introducing evidence undermining police integrity — Crown permitted rebuttal — No prior inconsistent statements — Whether or not rebuttal to impeach credit of witness permitted by s. 11 of Canada Evidence Act — Whether or not other grounds for admitting rebuttal evidence — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 11.

R. *v.* Prince **480**

Criminal law — Kienapple principle — Accused's stabbing of a pregnant woman causing child's premature birth and his death — Accused convicted of causing bodily harm to the mother — Whether rule against multiple convictions precludes a trial on a charge of manslaughter of the child.

Criminal law — Procedure — Prerogative writs — Pre-trial motion for a stay based on the principle in Kienapple dismissed — Prohibition and *certiorari* sought by the accused — Whether superior courts should decline to grant prerogative remedy on an interlocutory application in respect of the rule against multiple convictions.

Sparling *v.* Royal Trustco Ltd. **537**

Corporations — Take-over bids — Directors' circular of offeree corporation failing to meet statutory disclosure requirements — Director appointed by Minister under s. 253 of the Canada Business Corporations Act entitled to bring action for compensation on behalf of the aggrieved shareholders — Director's

Continued on next page

SOMMAIRE (Suite)

Dumas *c.* Centre de détention Leclerc **459**

Brefs de prérogative — *Habeas corpus* — Possibilité d'exercer ce recours — Libération conditionnelle — Renversement par la Commission nationale des libérations conditionnelles de sa décision d'accorder à un détenu la libération conditionnelle de jour — Annulation de la libération conditionnelle avant que le détenu n'acquière le statut de libéré conditionnel — Le bref d'habeas corpus peut-il être délivré dans ces circonstances pour contester la continuation de la privation de liberté?

Ensite Ltd. *c.* R. **509**

Impôt sur le revenu — Calcul du «revenu de placements à l'étranger» aux fins de l'obtention du «remboursement au titre de dividendes» — Devises étrangères requises par la loi des Philippines pour établir une usine dans ce pays — Plan complexe visant à parer à l'éventualité de la dévaluation du peso et à la possibilité du contrôle des devises — Plan nécessitant le dépôt de dollars américains aux Philippines — Intérêts provenant de ces dépôts inclus dans le calcul du «revenu de placements à l'étranger» — Les intérêts constituent-ils un revenu de placements à l'étranger ou un revenu tiré d'un bien dont on a eu l'usage aux fins de son entreprise? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 89(1), 125, 125.1, 129(1), (4).

Montréal (Ville de) *c.* Steckler **571**

Droit municipal — Taxes foncières — Action en recouvrement — L'expression «tout acquéreur subséquent» à l'art. 792 de la Charte de la Ville de Montréal comprend-elle l'adjudicataire dans une vente en justice?

R. *c.* Krause **466**

Preuve — Contre-preuve — Question principale de la culpabilité ou de l'innocence — Présentation par la défense d'un témoignage portant atteinte à l'intégrité de la police — Ministère public autorisé à présenter une contre-preuve — Aucune déclaration antérieure incompatible — L'article 11 de la Loi sur la preuve au Canada permet-il d'utiliser la contre-preuve pour attaquer la crédibilité d'un témoin? — Y a-t-il d'autres motifs justifiant l'admission de la contre-preuve? — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 11.

R. *c.* Prince **480**

Droit criminel — Principe de l'arrêt Kienapple — L'accusée a poignardé une femme enceinte causant la naissance prématurée et le décès de son enfant — L'accusée a été reconnue coupable d'avoir causé des lésions corporelles à la mère — La règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples empêche-t-elle de tenir un procès relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable perpétré contre l'enfant?

Droit criminel — Procédure — Brefs de prérogative — Rejet d'une requête préliminaire visant à obtenir une suspension d'instance en application du principe de l'arrêt Kienapple — Brefs de prohibition et de *certiorari* demandés par l'accusée — Les cours supérieures doivent-elles refuser de faire droit à une demande interlocutoire de bref de prérogative lorsque c'est la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples qui est en cause?

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

action may be brought against both the offeree corporation and its directors.

SOMMAIRE (Fin)

Sparling c. Royal Trustco Ltd. **537**

Compagnies — Offres de prise de contrôle — Circulaire des administrateurs de la société pollicitée non conforme aux exigences légales en matière de divulgation — Droit du directeur, nommé par le ministre en vertu de l'art. 253 de la Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, d'intenter une action en indemnisation au nom des actionnaires lésés — L'action du directeur peut être intentée à la fois contre la société pollicitée et contre ses administrateurs.

Alain Dumas *Appellant*

v.

The Director of the Leclerc Institute of Laval and the National Parole Board *Respondents*

and

The Attorney General of Quebec and the Attorney General of Canada *Mis en cause*

INDEXED AS: DUMAS *v.* LECLERC INSTITUTE

File No.: 19153.

1985: May 24; 1986: November 6.

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 — Availability of remedy — Parole — National Parole Board reversing its decision granting inmate day parole — Decision annulling parole made before inmate acquired the status of parolee — Whether habeas corpus available in these circumstances to challenge the continuation of the deprivation of liberty.

The National Parole Board granted appellant day parole. The day parole was to take effect as soon as the appropriate arrangements could be made with the Amos Community Residential Centre. His release was thus conditional on his acceptance by the Centre. Before his interview at the Centre, he was accused of certain disciplinary offences and informed by the Board that his day parole would be delayed and his case reviewed. The Board, on review, annulled its earlier decision. Appellant's application for *habeas corpus* and *certiorari* in aid, which was made prior to the review of his case, was dismissed by the Quebec Superior Court and the judgment affirmed by the Court of Appeal. This appeal is to determine whether *habeas corpus* is available in these particular circumstances.

Alain Dumas *Appelant*

c.

Le directeur du Centre de détention Leclerc de Laval et la Commission nationale des libérations conditionnelles *Intimés*

et

Le procureur général du Québec et le procureur général du Canada *Mis en cause*

RÉPERTORIÉ: DUMAS *c.* CENTRE DE DÉTENTION LECLERC

N° du greffe: 19153.

1985: 24 mai; 1986: 6 novembre.

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 — Possibilité d'exercer ce recours — Libération conditionnelle — Renversement par la Commission nationale des libérations conditionnelles de sa décision d'accorder à un détenu la libération conditionnelle de jour — Annulation de la libération conditionnelle avant que le détenu n'acquière le statut de libéré conditionnel — Le bref d'habeas corpus peut-il être délivré dans ces circonstances pour contester la continuation de la privation de liberté?

La Commission nationale des libérations conditionnelles a accordé la libération conditionnelle de jour à l'appelant. Celle-ci devait entrer en vigueur dès que les arrangements appropriés pourraient être pris avec le Centre résidentiel communautaire d'Amos. Sa libération était donc assujettie à son acceptation préalable par le Centre. Avant son entrevue au Centre, il a été accusé de certaines infractions disciplinaires et avisé par la Commission que sa libération conditionnelle de jour serait retardée et que son cas serait révisé. La Commission, lors de la révision, a annulé sa décision antérieure. La demande de l'appelant en vue d'obtenir un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire, qui a été présentée avant la révision de son cas, a été rejetée par la Cour supérieure du Québec et le jugement a été confirmé par la Cour d'appel. Le présent pourvoi vise à déterminer si un bref d'*habeas corpus* peut être délivré dans ces circonstances particulières.

Held: The appeal should be dismissed.

The continuation of an initially valid deprivation of liberty can only be challenged by way of *habeas corpus* if it becomes unlawful. In the context of parole, the continued detention of an inmate will only become unlawful if he has acquired the status of a parolee. An inmate acquires that status as of the moment the decision to grant him parole takes effect. Therefore, where a decision is made to grant parole but it is subject to the fulfilment of a condition, the inmate only becomes a parolee if and when the condition is fulfilled. If he is not released on parole when the condition is fulfilled, then he may resort to *habeas corpus*. Here, appellant had no right to *habeas corpus* since he clearly never became a parolee. Indeed, the National Parole Board reversed its decision granting him day parole before the prerequisite condition was fulfilled.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *Cardinal v. Director of Kent Institution*, [1985] 2 S.C.R. 643; *Morin v. National Special Handling Unit Review Committee*, [1985] 2 S.C.R. 662.

Statutes and Regulations Cited

Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 7, 9, 24(1).
Federal Court Act, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, s. 18.
Parole Act, R.S.C. 1970, c. P-2 as amended.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1985] R.D.J. 197, affirming a judgment of the Superior Court, dismissing appellant's application for *habeas corpus*. Appeal dismissed.

Élaine Bissonnette, for the appellant.

Jacques Letellier, Q.C., for the respondents and the mis en cause the Attorney General of Canada.

The judgment of the Court was delivered by

LAMER J.—The issues in this appeal are to be governed by the *Parole Act*, R.S.C. 1970, c. P-2 as amended, as it stood prior to its amendment by S.C. 1986, c. 42 and 43.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

La continuation d'une privation de liberté valide initialement ne peut être contestée par voie d'*habeas corpus* que si elle devient illégale. Dans le contexte de la libération conditionnelle, la détention continue d'un détenu ne deviendra illégale que s'il a acquis le statut de libéré conditionnel. Un détenu acquiert ce statut au moment où la décision de lui accorder la libération conditionnelle entre en vigueur. Par conséquent, lorsqu'on prend la décision de lui accorder la libération conditionnelle, mais que celle-ci est sujette à la réalisation d'une condition, le détenu ne devient libéré conditionnel que lorsque la condition se réalise. Si le détenu n'est pas mis en liberté conditionnelle lorsque la condition se réalise, il peut alors recourir à l'*habeas corpus*. En l'espèce, l'appelant n'a pas le droit de recourir à l'*habeas corpus* puisqu'il n'est manifestement jamais devenu un libéré conditionnel. En effet, la Commission nationale des libérations conditionnelles a renversé sa décision lui accordant la libération conditionnelle de jour avant que la condition préalable ne se soit réalisée.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613; *Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent*, [1985] 2 R.C.S. 643; *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention*, [1985] 2 R.C.S. 662.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 7, 9, 24(1).
Loi sur la Cour fédérale, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, art. 18.
Loi sur la libération conditionnelle de détenus, S.R.C. 1970, chap. P-2 et ses modifications.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1985] R.D.J. 197, qui a confirmé le jugement de la Cour supérieure qui avait rejeté la demande d'*habeas corpus* de l'appelant. Pourvoi rejeté.

Élaine Bissonnette, pour l'appelant.

Jacques Letellier, c.r., pour les intimés et le mis en cause le procureur général du Canada.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LAMER—Les questions soulevées dans le présent pourvoi sont régies par la *Loi sur la libération conditionnelle de détenus*, S.R.C. 1970, chap. P-2 et ses modifications à l'exception de celles apportées par S.C. 1986, chap. 42 et 43.

The appellant was sentenced to five years and ten months' imprisonment. On his full parole eligibility date, the National Parole Board (hereinafter NPB) refused to grant him parole. At a second hearing one year later, the NPB again refused to grant him full parole, but decided to grant him day parole. This day parole was to take effect as soon as the appropriate arrangements could be made and it appears that these arrangements were to be made with the Amos Community Residential Centre, such that his release was conditional on his acceptance by the Centre.

Before the date of his interview at the Centre, he was accused of certain disciplinary offences, and he was later convicted of one of these offences. As a result, the NPB informed the appellant that his day parole would be delayed by six weeks, so that his case could be reviewed. When he was informed of this decision, he committed certain major disciplinary offences.

At this point, the appellant proceeded by way of application for a writ of *habeas corpus* with *certiorari* in aid before the Superior Court of Quebec. I should stress here that the appellant did not apply to the Superior Court judge for a remedy under s. 24(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. His only reference to the *Charter* was to assert his right to *habeas corpus*.

To complete this review of the facts, I would add that, following the six week delay, the appellant was informed that the decision taken by the NPB to grant him day parole was being reviewed. He was advised of the grounds for this review, namely the disciplinary offences, and he was invited to make submissions. Three weeks later, the NPB decided to refuse him day parole thus annulling their earlier decision.

The Superior Court refused to issue a writ of *habeas corpus*. In a short judgment quoted at [1985] R.D.J. 198, Meyer J. held:

L'appelant a été condamné à cinq ans et dix mois de prison. Le jour où il est devenu admissible à la libération conditionnelle totale, la Commission nationale des libérations conditionnelles (ci-après la CNLC) a refusé de lui accorder la libération conditionnelle. À une seconde audience tenue un an plus tard, la CNLC a de nouveau refusé de lui accorder la libération conditionnelle totale, mais a décidé de lui accorder la libération conditionnelle de jour. Cette libération conditionnelle de jour devait entrer en vigueur dès que les arrangements appropriés pourraient être pris. Il appert que ces arrangements devaient être pris avec le Centre résidentiel communautaire d'Amos, de sorte que sa libération était assujettie à son acceptation préalable par le Centre.

Avant le jour de son entrevue au Centre, il a été accusé de certaines infractions disciplinaires et il a été plus tard déclaré coupable d'une de ces infractions. Par conséquent, la CNLC a avisé l'appelant que sa libération conditionnelle de jour serait retardée de six semaines, de façon que son cas puisse être révisé. Lorsqu'il a été avisé de cette décision, il a commis certaines infractions disciplinaires majeures.

L'appelant s'est alors adressé à la Cour supérieure du Québec, demandant un bref d'*habeas corpus* avec *certiorari* auxiliaire. Je dois souligner que l'appelant n'a pas demandé au juge de la Cour supérieure une réparation en vertu du par. 24(1) de la *Charte canadienne des droits et libertés*. Il a seulement mentionné la *Charte* pour affirmer son droit à l'*habeas corpus*.

Pour compléter cette revue des faits, j'ajouterais que, après le délai de six semaines, l'appelant a été avisé que la décision de la CNLC de lui accorder la libération conditionnelle de jour était en révision. On lui a communiqué les motifs de cette révision, savoir les infractions disciplinaires, et on l'a invité à présenter des commentaires. Trois semaines plus tard, la CNLC a décidé de lui refuser la libération conditionnelle de jour, annulant ainsi sa décision antérieure.

La Cour supérieure a refusé de délivrer un bref d'*habeas corpus*. Dans un court jugement, reproduit à [1985] R.D.J. 198, le juge Meyer a conclu:

[TRANSLATION] Since the purpose of the motion is to attack the decision of the National Parole Board to delay the applicant's day parole;

Since the warrant pursuant to which the applicant is detained is not attacked;

Since *habeas corpus* is not the appropriate recourse, but rather mandamus;

Since the latter writ is a matter for the Federal Court (see the case of Morin and Yeomans);

For these reasons, the Court refuses the issuance of the writ of *habeas corpus*.

The Court of Appeal unanimously dismissed his appeal: [1985] R.D.J. 197. The Court held at p. 198:

[TRANSLATION] Considering that the appellant does not in any way attack the warrant pursuant to which he is detained, but he challenges only the decision of the National Parole Board;

Considering in these circumstances that the writ of *habeas corpus* is not the appropriate procedure;

Considering also that the judgment of our Court in the case of *Morin v. Comité national chargé de l'examen des cas d'U.S.D. (Unité spéciale de détention)*, [1982] C.A. 464, decided 'that proceedings attacking the internal administrative procedure of penitentiaries are within the exclusive competence of the Federal Court of Canada';

For these reasons:

Dismiss the appeal.

In all fairness to the courts below, it should be mentioned that their decisions in this case were rendered prior to this Court's judgments in *R. v. Miller*, [1985] 2 S.C.R. 613; *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 jurisdictional issue was settled by this Court in *Miller*, *supra*, when Le Dain J. concluded at p. 626:

... 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* ....

Vu que le but de la requête est d'attaquer la décision de la Commission nationale des libérations conditionnelles de reporter la libération conditionnelle de jour du requérant;

Vu que le mandat en vertu duquel le requérant est détenu n'est pas attaqué;

Vu que l'*habeas corpus* n'est pas le recours approprié mais plutôt le *mandamus*;

Vu que ce dernier bref est du ressort de la Cour fédérale (voir la cause de Morin et Yeomans);

Par ces motifs, la Cour refuse l'émission du bref d'*habeas corpus*.

La Cour d'appel a rejeté son appel à l'unanimité [1985] R.D.J. 197. Elle a conclu à la p. 198:

Considérant que l'appelant n'attaque aucunement le mandat en vertu duquel il est détenu mais qu'il s'en prend uniquement à la décision de la Commission des libérations conditionnelles;

Considérant dans ces circonstances que le bref d'*habeas corpus* n'est pas la procédure appropriée;

Considérant aussi que le jugement de notre Cour dans la cause: *Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'U.S.D. (Unité spéciale de détention)*, [1982] C.A. 464, a décidé «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»;

Par ces motifs:

Rejette l'appel.

En toute justice pour les cours d'instance inférieure, il convient de mentionner que leurs décisions dans la présente affaire ont été rendues avant les arrêts de cette Cour *R. c. Miller*, [1985] 2 R.C.S. 613, *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'unités spéciales de détention*, [1985] 2 R.C.S. 662.

Cette Cour a réglé la question de la compétence dans l'arrêt *Miller*, précité, lorsque le juge Le Dain a conclu à la p. 626:

... 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* ...

Thus, the only issue that remains to be decided in this case is whether *habeas corpus* is available in these particular circumstances.

This Court widened the availability of *habeas corpus* in *Miller*, *supra*. The traditional preconditions to the availability of the remedy were: (a) that there be a deprivation of liberty; and (b) that what is sought is the complete liberty of the applicant. This Court gave a wide interpretation of "deprivation of liberty", holding, at pp. 640-41:

> ... 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 .... 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.

In addition, this Court rejected the all or nothing approach of the second precondition and held that *habeas corpus* was available to release a person from a particular aggravated form of detention although the person will lawfully remain under some other restraint of liberty.

Ainsi, la seule question qui reste à trancher en l'espèce est de savoir si un bref d'*habeas corpus* peut être délivré dans ces circonstances particulières.

Cette Cour a élargi la possibilité d'exercer le recours à l'*habeas corpus* dans l'arrêt *Miller*, précité. Les conditions préalables traditionnelles à l'obtention de ce bref étaient: a) qu'il y ait privation de liberté; et b) qu'on cherche à obtenir la liberté complète du requérant. Cette Cour a donné une interprétation large de l'expression «privation de liberté», quand elle a dit, aux pp. 640 et 641:

> ... 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 [...] 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.

Cette Cour a en outre rejeté la conception extrémiste que traduit la seconde condition préalable et a conclu que l'*habeas corpus* pouvait servir à libérer une personne d'une forme plus sévère de détention même si la personne doit demeurer assujettie à une autre forme de restriction légitime de liberté.

Thus, with respect, the lower courts erred in holding that *habeas corpus* was available to attack only the initial warrant of committal. *Habeas corpus* is available to challenge an unlawful deprivation of liberty. In the context of correctional law, there are three different deprivations of liberty: the initial deprivation of liberty, a substantial change in conditions amounting to a further deprivation of liberty, and a continuation of the deprivation of liberty. In this case, as was pointed out in the lower courts, there was no challenge to the validity of the initial deprivation of liberty. In addition, there was no substantial change in the conditions of detention, because the appellant was never actually released on parole. If the appellant had been released on parole and then reincarcerated pursuant to a decision of the NPB, there would have been a substantial change which could have been challenged by way of *habeas corpus*. What is being challenged in this case is the continuation of the deprivation of liberty.

The continuation of an initially valid deprivation of liberty can be challenged by way of *habeas corpus* only if it becomes unlawful. In the context of parole, the continued detention of an inmate will only become unlawful if he has acquired the status of a parolee. An inmate acquires that status as of the moment the decision to grant him parole takes effect. Thus, if parole is granted effective immediately, he becomes a parolee when the decision is rendered. If, for some reason, the restriction to his liberty continues, he may then have access to *habeas corpus*. If parole is granted effective at some later date, then the inmate acquires the status of parolee at that date and not at the date of the decision. Similarly, where a decision is made to grant parole but it is subject to the fulfilment of a condition, the inmate only becomes a parolee if and when the condition is fulfilled. If he is not released on parole when the term arrives or the condition is fulfilled, then he may resort to *habeas corpus*. Finally, if parole is refused, it is obvious that the inmate has not become a parolee and he

Donc, avec égards, les tribunaux d'instance inférieure ont commis une erreur en statuant que l'on pouvait recourir à l'*habeas corpus* pour contester seulement le mandat d'incarcération initial. On peut recourir à l'*habeas corpus* pour contester la privation illégale de liberté. Dans le contexte du droit correctionnel, il existe trois sortes de privation de liberté: la privation initiale de liberté, une modification importante des conditions d'incarcération qui équivaut à une nouvelle privation de liberté et la continuation de la privation de liberté. En l'espèce, comme l'ont souligné les tribunaux d'instance inférieure, la validité de la privation initiale de liberté n'a pas été contestée. De plus, il n'y a pas eu de modification importante des conditions de détention, parce que l'appelant n'a jamais réellement été mis en liberté conditionnelle. Si l'appelant avait été mis en liberté conditionnelle et ensuite incarcéré de nouveau en vertu d'une décision de la CNLC, il y aurait eu une modification importante qui aurait pu être contestée par voie d'*habeas corpus*. Ce qui est contesté en l'espèce, c'est la continuation de la privation de liberté.

La continuation d'une privation de liberté valide initialement ne peut être contestée par voie d'*habeas corpus* que si elle devient illégale. Dans le contexte de la libération conditionnelle, la détention continue d'un détenu ne deviendra illégale que s'il a acquis le statut de libéré conditionnel. Un détenu acquiert ce statut au moment où la décision de lui accorder la libération conditionnelle entre en vigueur. Par conséquent, si la libération conditionnelle entre en vigueur immédiatement, il devient un libéré conditionnel au moment où la décision est rendue. Si, pour une raison quelconque, la restriction à sa liberté se poursuit, il peut alors recourir à l'*habeas corpus*. Si la libération conditionnelle entre en vigueur à une date ultérieure, alors le détenu acquiert le statut de libéré conditionnel à cette date et non à la date de la décision. De même, lorsque la décision d'accorder la libération conditionnelle est sujette à la réalisation d'une condition, le détenu ne devient un libéré conditionnel qu'au moment où la condition se réalise. Si le détenu n'est pas mis en liberté conditionnelle dans le délai prévu ou lorsque la condition se réalise, il peut alors recourir à l'*habeas corpus*. Enfin, si la libération conditionnelle est refusée, il est évident

cannot have recourse to *habeas corpus* to challenge the decision.

Now to deal with Dumas. The NPB made a decision to grant him day parole, but the terms used are not precise and there is some uncertainty as to whether his day parole was simply delayed until appropriate arrangements could be made or whether it was conditional on his acceptance by the Centre. However, the NPB subsequently delayed and later reversed this decision before the term arrived or the prerequisite condition was fulfilled. It is clear that the appellant never became a parolee, and he thus has no right to a *habeas corpus*.

This does not mean that a detainee is left without recourse in an appropriate case. Indeed, this does not mean that the NPB had jurisdiction to review its earlier decision or that it could do so in a way that may have infringed the rules of natural justice or the appellant's rights under s. 7 or s. 9 of the *Charter*. These issues are not before the Court on an application for *habeas corpus*, but could be raised on an application under s. 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, or s. 24(1) of the *Charter*.

I would dismiss this appeal. There shall be no disposition as to costs.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellant: Howard, Gagné, Bissonnette & Thivierge, Montréal.

Solicitors for the respondents and the mis en cause the Attorney General of Canada: Roger Tassé, Ottawa; Jacques Letellier, Montréal.

que le détenu n'est pas devenu un libéré conditionnel et ne peut avoir recours à l'*habeas corpus* pour contester la décision.

Voyons donc maintenant le cas de Dumas. La CNLC a décidé de lui accorder une libération conditionnelle de jour, mais les termes utilisés ne sont pas précis et il y a une incertitude quant à savoir si sa libération conditionnelle de jour a simplement été retardée jusqu'à ce que des arrangements appropriés puissent être pris ou quant à savoir si elle était conditionnelle à son acceptation par le Centre. Toutefois, la CNLC a subséquemment reporté et par la suite renversé cette décision avant que n'expire le délai prévu ou que la condition préalable n'ait été remplie. Il est évident que l'appelant n'est jamais devenu un libéré conditionnel et qu'il n'a donc pas le droit de recourir à l'*habeas corpus*.

Cela ne signifie pas qu'un détenu est sans recours dans un cas approprié. En fait, cela ne signifie pas que la CNLC a le pouvoir de réviser ses décisions antérieures ou qu'elle peut le faire d'une manière qui enfreint les règles de justice naturelle ou les droits de l'appelant que prévoient l'art. 7 ou 9 de la *Charte*. Ces questions ne sont pas soulevées devant la Cour dans une demande d'*habeas corpus*, mais pourraient être soulevées dans une demande fondée sur l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, ou sur le par. 24(1) de la *Charte*.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi. Il n'y aura pas d'adjudication de dépens.

Pourvoi rejeté.

Procureurs de l'appelant: Howard, Gagné, Bissonnette & Thivierge, Montréal.

Procureurs des intimés et du mis en cause le procureur général du Canada: Roger Tassé, Ottawa; Jacques Letellier, Montréal.

Ian Barton Krause *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* KRAUSE

File No.: 18726.

1985: November 20; 1986: November 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Evidence — Rebuttal — Principal issue of guilt or innocence — Defence introducing evidence undermining police integrity — Crown permitted rebuttal — No prior inconsistent statements — Whether or not rebuttal to impeach credit of witness permitted by s. 11 of Canada Evidence Act — Whether or not other grounds for admitting rebuttal evidence — Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 11.

Appellant was questioned by police about a fatal stabbing and charged with murder. At the trial, on a *voir dire*, the answers of the appellant were held to be voluntary. The Crown, made it clear that it did not intend to adduce the questions and answers in evidence-in-chief but that it would use them in cross-examination if the need arose. When appellant testified on his own behalf he gave evidence not only with respect to the circumstances surrounding the murder but also with respect of his involvement with the police during the murder investigation. Crown counsel cross-examined appellant about his statements to police and applied, pursuant to s. 11 of the *Canada Evidence Act*, to call rebuttal evidence at the end of the defence case. The rebuttal evidence was to impeach the credit of appellant. The trial judge allowed the application under s. 11 of the *Canada Evidence Act*. A majority of the Court of Appeal found that decision to be in error in its reliance on s. 11 of the *Canada Evidence Act* but supportable in law on other grounds. At issue is when, and in what circumstances, the Crown may be permitted to call evidence in rebuttal.

Ian Barton Krause *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* KRAUSE

N° du greffe: 18726.

1985: 20 novembre; 1986: 6 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 DE LA COLOMBIE-BRITANNIQUE

Preuve — Contre-preuve — Question principale de la culpabilité ou de l'innocence — Présentation par la défense d'un témoignage portant atteinte à l'intégrité de la police — Ministère public autorisé à présenter une contre-preuve — Aucune déclaration antérieure incompatible — L'article 11 de la Loi sur la preuve au Canada permet-il d'utiliser la contre-preuve pour attaquer la crédibilité d'un témoin? — Y a-t-il d'autres motifs justifiant l'admission de la contre-preuve? — Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 11.

L'appelant a été interrogé par la police au sujet d'un meurtre commis au moyen d'un couteau et il a été accusé de ce meurtre. Suite à un voir-dire lors du procès, les réponses de l'appelant ont été jugées spontanées. Le ministère public a dit clairement qu'il n'avait pas l'intention de présenter ces questions et réponses dans sa preuve principale, mais qu'il les utiliserait en contre-interrogatoire si nécessaire. Lorsque l'appelant a témoigné pour son propre compte, il a déposé non seulement en ce qui a trait aux circonstances entourant le meurtre, mais également au sujet de sa collaboration avec la police au cours de l'enquête sur le meurtre. L'avocat du ministère public a contre-interrogé l'appelant au sujet de ses déclarations à la police et a demandé, conformément à l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*, l'autorisation de présenter une contre-preuve à la fin de la présentation de la preuve de la défense. La contre-preuve avait pour but d'attaquer la crédibilité de l'appelant. Le juge du procès a fait droit à la requête fondée sur l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*. Les juges formant la majorité de la Cour d'appel ont conclu que cette décision était erronée dans la mesure où elle se fondait sur l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*, mais qu'elle pouvait s'appuyer sur d'autres fondements juridiques. La question en litige est de savoir quand et dans quelles circonstances le ministère public peut être autorisé à présenter une contre-preuve.

Held: The appeal should be allowed.

The trial judge erred in permitting the Crown to call evidence rebutting certain items of evidence, pursuant to s. 11 of the *Canada Evidence Act*, as no past inconsistent statement had been made in that regard. Rebuttal evidence could not be admitted on any other ground in law.

The evidence sought to be rebutted attacked police integrity but it did not touch on the question of guilt or innocence. It was therefore collateral and not the proper subject of rebuttal.

Cases Cited

Referred to: *R. v. Bruno* (1975), 27 C.C.C. (2d) 318; *Allcock Laight & Westwood Ltd. v. Patten, Bernard and Dynamic Displays Ltd.*, [1967] 1 O.R. 18; *Attorney-General v. Hitchcock*, [1847] 1 Ex. 91, 154 E.R. 38; *R. v. Cargill*, [1913] 2 K.B. 271; *R. v. Hrechuk* (1951), 58 Man. R. 489; *R. v. Rafael*, [1972] 3 O.R. 238; *Latour v. The Queen*, [1978] 1 S.C.R. 361; *R. v. Perry and Franks* (1977), 36 C.C.C. (2d) 209.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 11.
Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 618(1)(*a*).

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1984), 12 C.C.C. (3d) 392, dismissing an appeal from conviction by Legg J. sitting with jury. Appeal allowed.

John Green, for the appellant.

A. Stewart, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal deals with the question of when, and in what circumstances, the Crown may be permitted to call evidence in rebuttal of the evidence given by an accused person.

The appellant was charged with first degree murder of one Hutter on or about March 13, 1981. He was convicted of second degree murder on February 12, 1982 after a trial before a judge and jury. His conviction was upheld in the Court of

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge du procès a commis une erreur en permettant au ministère public de présenter un témoignage visant à réfuter certains éléments de preuve, conformément à l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*, étant donné l'absence de déclaration antérieure incompatible à cet égard. L'admission de la contre-preuve ne pouvait s'appuyer sur aucun autre fondement juridique.

Le témoignage qu'on cherchait à réfuter portait atteinte à l'intégrité de la police, mais il ne touchait pas à la question de la culpabilité ou de l'innocence. Il était donc incident et ne pouvait pas faire l'objet d'une contre-preuve.

Jurisprudence

Arrêts mentionnés: *R. v. Bruno* (1975), 27 C.C.C. (2d) 318; *Allcock Laight & Westwood Ltd. v. Patten, Bernard and Dynamic Displays Ltd.*, [1967] 1 O.R. 18; *Attorney-General v. Hitchcock*, [1847] 1 Ex. 91, 154 E.R. 38; *R. v. Cargill*, [1913] 2 K.B. 271; *R. v. Hrechuk* (1951), 58 Man. R. 489; *R. v. Rafael*, [1972] 3 O.R. 238; *Latour c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 361; *R. v. Perry and Franks* (1977), 36 C.C.C. (2d) 209.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 618(1)*a*).
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 11.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1984), 12 C.C.C. (3d) 392, qui a rejeté l'appel de la déclaration de culpabilité prononcée par le juge Legg siégeant avec jury. Pourvoi accueilli.

John Green, pour l'appelant.

A. Stewart, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Le présent pourvoi traite de la question de savoir quand et dans quelles circonstances le ministère public peut être autorisé à présenter une preuve visant à réfuter le témoignage d'un accusé.

L'appelant a été accusé du meurtre au premier degré d'un nommé Hutter le 13 mars 1981 ou vers cette date. Il a été déclaré coupable de meurtre au deuxième degré le 12 février 1982 après un procès devant un juge et un jury. Sa déclaration de

Appeal on April 11, 1984 (Taggart, Craig JJ.A., Anderson J.A. dissenting). His appeal to this Court is under the provisions of s. 618(1)(*a*) of the *Criminal Code*, R.S.C. 1970, c. C-34. The formal order of the Court of Appeal, which dismissed the appellant's appeal to that court, recorded the points of law upon which Anderson J.A. based his dissent, in these words:

> i) that the learned trial Judge erred in admitting rebuttal evidence on collateral matters directed to the credit of the appellant;
>
> ii) that the learned trial Judge failed to properly instruct the jury that allegations made by Crown Counsel during his cross-examination of the appellant as to character, and in his address to the jury, were of no evidentiary value and that this failure to direct amounted to non-direction in law; and
>
> iii) that it was not possible to say that the verdict of the jury would necessarily have been the same had the errors described in i) and ii) above not been made and therefore, the curative provisions contained in section 613(1)(*b*)(iii) of the Criminal Code of Canada were not applicable.

The evidence revealed that the deceased Hutter had been attempting to arrange for the purchase of a pound or more of marijuana with the assistance of the appellant, who testified that he trafficked in narcotics. The deceased was in contact with the appellant on the afternoon of March 12, 1981. He was in possession of a car and some seven hundred and fifty dollars which had been provided by one Brian Hawe, a Crown witness. The deceased had been at the appellant's residence but had been unable to make a drug purchase. He returned to Hawe's residence about forty-five minutes after leaving the appellant's home. The appellant advised Hutter that he would try to set up a drug deal for him, and Hutter returned to Duncan, British Columbia, where he lived.

On March 13, 1981, the day of the killing, Hutter returned to the Hawe residence about 10:30 a.m. He was there for a short time and then using Hawe's vehicle he left for the appellant's

culpabilité a été maintenue en appel le 11 avril 1984 (les juges Taggart et Craig, avec dissidence du juge Anderson). Il se pourvoit devant cette Cour en se fondant sur les dispositions de l'al. 618(1)*a*) du *Code criminel*, S.R.C. 1970, chap. C-34. L'ordonnance formelle de la Cour d'appel, qui a rejeté l'appel de l'appelant à cette cour, énonce ainsi les points de droit sur lesquels le juge Anderson a fondé sa dissidence:

[TRADUCTION]

> i) que le savant juge du procès a commis une erreur en admettant une contre-preuve sur des questions incidentes portant sur la crédibilité de l'appelant;
>
> ii) que le savant juge du procès n'a pas bien dit au jury que les allégations faites par l'avocat du ministère public au cours de son contre-interrogatoire de l'appelant au sujet de sa moralité et dans son exposé au jury n'avaient aucune valeur probante et que cette omission équivalait en droit à une absence de directive; et
>
> iii) qu'il n'était pas possible de dire que le verdict du jury aurait nécessairement été le même si les erreurs décrites aux alinéas i) et ii) ci-dessus n'avaient pas été commises et, par conséquent, que les dispositions réparatrices contenues au sous-al. 613(1)*b*)(iii) du Code criminel du Canada ne s'appliquaient pas.

Il ressort de la preuve que la victime Hutter avait tenté d'organiser l'achat d'une livre ou plus de marijuana avec l'aide de l'appelant, qui a témoigné qu'il avait fait le trafic de stupéfiants. La victime avait communiqué avec l'appelant dans l'après-midi du 12 mars 1981. Elle avait une auto et environ sept cent cinquante dollars qui avaient été fournis par un nommé Brian Hawe, un témoin du ministère public. La victime s'était rendue à la résidence de l'appelant, mais n'avait pas été en mesure d'acheter de la drogue. Elle est revenue à la résidence de Hawe environ quarante-cinq minutes après avoir quitté la maison de l'appelant. L'appelant a fait savoir à Hutter qu'il tenterait d'organiser pour lui une transaction en matière de drogue, et Hutter est retourné à Duncan en Colombie-Britannique où il demeurait.

Le 13 mars 1981, le jour du meurtre, Hutter est revenu à la résidence de Hawe vers 10 h 30. Il y est resté un moment et a ensuite utilisé le véhicule de Hawe pour se rendre à la maison de l'appelant.

house. Before leaving, he was given $400 in cash in four one hundred dollar bills by Hawe towards the purchase of the pound of marijuana. Hutter arrived at the appellant's home shortly thereafter. He was there for a short time, then left at about 11:15 a.m., again with Hawe's vehicle.

At some time after his departure from the appellant's house and before 10:45 p.m. on March 13, 1981 Hutter was murdered. He was stabbed to death. His body was found partially covered by leaves on March 14, 1981. There was no money found on his body. The vehicle that Hutter had been driving was observed by an independent witness at the University of Victoria on March 13, 1981 at about 4:30 p.m. and was again observed in the same parking spot on March 15, 1981. The parking lot where the vehicle was found is approximately 1.8 kilometers from where the body was found.

The Crown case depended largely upon the evidence of one Molema. He gave evidence that he was in custody at the Vancouver Island Regional Correction Centre in Victoria in June, 1981. He received a number of visits from the appellant, whom he had known for seven or eight years. Molema's evidence was that during the course of these visits the appellant had told him he had killed Hutter. Molema was unable to recall dates and times and the exact words used in the conversation. He did recall that a knife was involved in "a stabbing sense". He also gave evidence that the encounter between the appellant and Hutter was over a drug deal and that the appellant had taken $400 to $700 from Hutter. Molema also admitted to a long criminal record.

The appellant gave evidence on his own behalf. He said that he got up early on March 13, 1981 and he received a telephone call shortly thereafter from Hutter asking if he could come down to see the appellant. The appellant agreed that he could come. The deceased duly arrived shortly after breakfast and asked where he could get any marijuana. There was some discussion about the scarcity of marijuana and the price of drugs. Hutter told the appellant that he had to return the

Avant de partir, Hawe lui a remis 400 $ en coupures de cent dollars pour l'achat de la livre de marijuana. Peu après, Hutter est arrivé à la maison de l'appelant. Il y est resté un moment et est ensuite reparti vers 11 h 15, toujours en utilisant le véhicule de Hawe.

À un moment donné après son départ de la maison de l'appelant et avant 22 h 45 le 13 mars 1981, Hutter a été assassiné. Il a été poignardé à mort. Son corps a été trouvé partiellement couvert de feuilles le 14 mars 1981. Il n'avait pas d'argent sur lui. Le véhicule que Hutter conduisait a été aperçu par un témoin indépendant à l'Université de Victoria le 13 mars 1981 vers 16 h 30 et une autre fois dans le même espace de stationnement le 15 mars 1981. Le terrain de stationnement où le véhicule a été trouvé est situé à environ 1,8 km de l'endroit où le corps a été découvert.

La preuve du ministère public reposait dans une large mesure sur le témoignage d'un nommé Molema. Ce dernier a témoigné qu'il était détenu au centre correctionnel régional de l'île de Vancouver à Victoria en juin 1981. Il a reçu un certain nombre de visites de l'appelant qu'il connaissait depuis sept ou huit ans. Le témoignage de Molema portait que, pendant ces visites, l'appelant lui avait confié qu'il avait tué Hutter. Molema était incapable de se souvenir de l'heure et de la date et des termes exacts utilisés dans la conversation. Il s'est souvenu qu'il était question d'un couteau utilisé dans [TRADUCTION] «le sens de poignarder». Il a également témoigné que la rencontre entre l'appelant et Hutter portait sur la conclusion d'une transaction en matière de drogue et que l'appelant avait pris 400 $ à 700 $ à Hutter. Molema a également admis avoir un casier judiciaire chargé.

L'appelant a témoigné pour son propre compte. Il a affirmé qu'il s'est levé tôt le 13 mars 1981 et qu'il a reçu peu après un appel téléphonique de Hutter qui lui a demandé s'il pouvait venir le voir. L'appelant a accepté qu'il vienne. La victime est bien arrivée peu après le petit déjeuner et lui a demandé où elle pourrait se procurer de la marijuana. Il y a eu une certaine discussion au sujet de la rareté de la marijuana et du prix des drogues. Hutter a dit à l'appelant qu'il devait ramener à

vehicle he was driving to Hawe. The appellant asked Hutter for a ride. He wished to visit some friends who lived in the direction he thought Hutter was going. They left the appellant's residence in Hawe's car but when it became apparent that Hutter was not going in the direction the appellant had hoped, he got out of the car and continued his journey on foot. Hutter, according to the appellant, did not tell him where he was going. The appellant accounted for his whereabouts for the remainder of the day by saying that he reached his friend's apartment, that is, his destination, at about 11:15 or 11:30 a.m. The friend was absent. He then recalled that his appointment had been for 1:00 p.m. He went on foot to his bank where he deposited $100 in his account. The deposit was recorded by the bank's computer at 12:59 p.m. He then went to a nearby shopping centre where he made some purchases, then took a taxi to his friend's house and returned home later in the afternoon.

A Crown witness, one Macaulay, who was an admitted supplier of narcotics to the appellant, called at the appellant's residence at 4:30 p.m. on March 13 and the appellant paid him $600 or $700 in large bills. This was money owed on account. Later in the evening Crown witnesses placed the appellant at a local pub with a group of friends and later in a restaurant, where the appellant bought food for his friends and then went home by taxi.

I have gone into some detail on the facts above described in order to make clear the background against which the main point at issue, that of rebuttal evidence, arose. The trial lasted for some ten days. The first two days were taken up in a *voir dire*, which was conducted in order to determine the admissibility of certain statements made by the appellant to police officers in a series of conversations which took place during the investigation. The appellant was interviewed by police officers on March 26, March 31, April 1, April 6 and April 23. During these interviews or conversations he was questioned regarding the murder of Hutter and he gave answers which were largely

Hawe le véhicule qu'il conduisait. L'appelant a demandé à Hutter de l'emmener avec lui dans sa voiture. Il voulait visiter des amis qui demeuraient du côté où, croyait-il, Hutter se dirigeait. Ils ont quitté la résidence de l'appelant dans la voiture de Hawe, mais lorsqu'il est devenu évident que Hutter n'allait pas dans la direction souhaitée par l'appelant, il est descendu de la voiture et a continué son trajet à pied. Hutter, selon l'appelant, ne lui a pas dit où il allait. L'appelant a expliqué où il avait passé le reste de la journée en disant qu'il était arrivé à l'appartement de son ami, c'est-à-dire, sa destination, vers 11 h 15 ou 11 h 30. L'ami en question était absent. Il s'est alors souvenu que son rendez-vous avait été fixé pour 13 h. Il a marché jusqu'à sa banque où il a déposé 100 $ dans son compte. Le dépôt a été enregistré à 12 h 59 par l'ordinateur de la banque. Il est ensuite allé dans un centre commercial situé non loin de là où il a fait quelques achats, puis s'est rendu en taxi à la maison de son ami et est revenu chez lui plus tard dans l'après-midi.

Un témoin du ministère public, un nommé Macaulay, qui était un fournisseur reconnu de stupéfiants à l'appelant, a téléphoné à la résidence de l'appelant vers 16 h 30 le 13 mars et l'appelant lui a versé la somme de 600 $ ou 700 $ en grosses coupures. C'était de l'argent qu'il lui devait. Plus tard dans la soirée, des témoins du ministère public ont reconnu l'appelant dans un pub local en compagnie d'un groupe d'amis et plus tard dans un restaurant où l'appelant a payé le repas de ses amis et est ensuite retourné chez lui en taxi.

J'ai décrit d'une manière assez détaillée les faits mentionnés ci-dessus de manière à établir clairement le contexte dans lequel s'est posée la principale question en litige, celle de la contre-preuve. Le procès a duré environ dix jours. Les deux premiers jours ont été consacrés à un voir-dire qui avait pour but de déterminer l'admissibilité de certaines déclarations faites par l'appelant à des agents de police lors d'une série de conversations qui ont eu lieu au cours de l'enquête. L'appelant a été interrogé par les policiers les 26 et 31 mars, ainsi que les 1er, 6 et 23 avril. Pendant ces entrevues ou conversations, il a été interrogé au sujet du meurtre de Hutter et il a donné des réponses qui

exculpatory. These conversations were the subject of the *voir dire*. The answers made to the questions by the appellant were all held to be voluntary and were all held to be admissible. The Crown, however, had made it clear to all parties that it did not intend to adduce the questions and answers in evidence-in-chief, but would use them in cross-examination if the need arose. It is the rebuttal evidence led by the Crown to rebut answers given by the accused in such cross-examination and statements made by the accused during his direct examination which raise the principal issue in this case.

The appellant, in addition to giving the evidence summarized earlier, also gave evidence of his involvement with the police during the investigation of the murder. The points of significance for our purposes in this case may be summarized, as follows:

He swore that:

1. It seemed to be a regular thing for the police to come and 'grab' him and take him down to the Station.
2. The police had suggested to him that if he did not tell them where he had sent Hutter to look for marijuana, they were going to "kick in the doors" of known drug dealers and tell them that the appellant sent Hutter there looking for marijuana.
3. The police showed him a photograph of the deceased when they first interviewed him on March 26, 1981.
4. He had not told the police officers that he had never dealt with Hutter in a dope deal, but rather that the statement was taken out of context and that he had told them that he had never dealt with Hutter prior to January, 1981.

In cross-examination the appellant was questioned extensively regarding his statements to the police. It was put to him that he had told the officers that he had never dealt with Hutter in a dope deal when he had told him where to go.

étaient dans une large mesure disculpatoires. Le voir-dire a porté sur ces conversations. Les réponses de l'appelant aux questions ont toutes été jugées spontanées et admissibles. Toutefois, le ministère public a dit clairement à toutes les parties qu'il n'avait pas l'intention de présenter ces questions et réponses dans sa preuve principale, mais qu'il les utiliserait en contre-interrogatoire si nécessaire. C'est la contre-preuve présentée par le ministère public pour réfuter les réponses données par l'accusé au cours de ce contre-interrogatoire et les déclarations de l'accusé pendant son interrogatoire principal qui sont à l'origine de la principale question en litige en l'espèce.

En plus de donner le témoignage résumé précédemment, l'appelant a également témoigné au sujet de sa collaboration avec la police au cours de l'enquête sur le meurtre. Les points qui sont importants pour nous en l'espèce peuvent être résumés de la manière suivante:

Il a déclaré sous serment que:

1. Il semblait normal pour les policiers d'arriver, de «s'emparer» de lui et de l'emmener au poste.
2. Les policiers lui ont laissé entendre que s'il ne leur disait pas où il avait envoyé Hutter pour chercher de la marijuana, ils allaient «défoncer les portes» des fournisseurs de drogue connus et qu'ils leur diraient que l'appelant leur a envoyé Hutter pour chercher de la marijuana.
3. Les policiers lui ont montré une photographie de la victime lorsqu'ils l'ont interrogé pour la première fois le 26 mars 1981.
4. Il a dit aux policiers non pas qu'il n'avait jamais traité avec Hutter dans une transaction de drogue, mais plutôt que la déclaration avait été prise hors contexte et qu'il leur avait dit qu'il n'avait jamais traité avec Hutter avant janvier 1981.

En contre-interrogatoire, l'appelant s'est vu poser de nombreuses questions au sujet de ses déclarations à la police. On lui a souligné qu'il avait dit aux agents qu'il n'avait jamais traité avec Hutter dans une transaction de drogue alors qu'il lui avait dit où aller.

At the close of the defence case the Crown applied to call rebuttal evidence, pursuant to s. 11 of the *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10. The Crown was relying solely on s. 11 for this application and sought to use the rebuttal evidence solely for the purpose of impeaching the credit of the appellant. The trial judge granted the Crown's motion and allowed the calling of evidence in rebuttal in these words:

> Thank you. My ruling is that the Crown should have leave to call the rebuttal evidence that has been outlined, dealing with the statement previously made or alleged to have been made by the accused man. In my view the Crown is permitted to lead this evidence under section 11 of the *Canada Evidence Act*.

In the Court of Appeal the majority were of the opinion that the trial judge had been in error in his application of s. 11 of the *Canada Evidence Act*, which he relied on in allowing the Crown to call the rebuttal evidence. The four points upon which the rebuttal evidence was permitted have been enumerated above. Of these points, items 1, 2 and 3 did not involve any past inconsistent statements on the part of the appellant. All of the judges of the Court of Appeal were in agreement that s. 11 could not apply to the first three items and that it was an error on the part of the trial judge to permit the calling of rebuttal evidence in respect of them. The majority, however, were of the view that rebuttal on items 1, 2 and 3 was supportable on another ground, that of relevance on the question of guilt or innocence, and that while the trial judge had misapplied s. 11 of the *Canada Evidence Act* on the question, the rebuttal evidence was nonetheless admissible and no error in law occurred. It was not contended that any error occurred in the application of s. 11 to the fourth item and no issue arises respecting that item. Anderson J.A., in dissent, was of the view that the rebuttal evidence did not go to issues relevant to the guilt or innocence of the appellant, but were merely collateral. Therefore, while cross-examination of the appellant by counsel for the Crown upon those items was proper, the Crown was bound by the answers given and was not entitled to

À la fin de la présentation de la preuve de la défense, le ministère public a demandé l'autorisation de présenter une contre-preuve conformément à l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10. Le ministère public fondait sa demande uniquement sur l'art. 11 et cherchait à utiliser la contre-preuve dans le seul but d'attaquer la crédibilité de l'appelant. Le juge du procès a fait droit à la requête du ministère public et lui a permis de présenter une contre-preuve en ces termes:

> [TRADUCTION] Je vous remercie. Ma décision est que le ministère public peut présenter la contre-preuve dont les grandes lignes ont été tracées et qui porte sur la déclaration antérieure qui a été faite ou qui aurait été faite par l'accusé. À mon avis, le ministère public a le droit de présenter cette preuve en vertu de l'article 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*.

Les juges formant la majorité de la Cour d'appel ont été d'avis que le juge du procès avait commis une erreur dans son application de l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*, sur lequel il s'était fondé pour permettre au ministère public de présenter la contre-preuve. Les quatre points au sujet desquels la contre-preuve a été autorisée ont été énumérés précédemment. De ceux-ci, les points 1, 2 et 3 ne portent pas sur des déclarations antérieures incompatibles de la part de l'appelant. Tous les juges de la Cour d'appel se sont accordés pour dire que l'art. 11 ne pouvait s'appliquer aux trois premiers points et que le juge du procès avait commis une erreur en permettant la présentation de la contre-preuve à leur égard. Toutefois, les juges formant la majorité ont exprimé l'avis que la contre-preuve relative aux points 1, 2 et 3 était justifiable à un autre égard, celui de la pertinence quant à la question de la culpabilité ou de l'innocence, et que même si le juge du procès avait mal appliqué à la question l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada*, la contre-preuve était néanmoins admissible et aucune erreur de droit n'avait été commise. On n'a pas soutenu qu'une erreur avait été commise dans l'application de l'art. 11 au quatrième point et aucune question ne se pose relativement à celui-ci. Selon le juge Anderson, dissident, la contre-preuve ne touchait pas aux questions relatives à la culpabilité ou à l'innocence de l'appelant, mais était simplement incidente. Par

call evidence to rebut the answers given in such cross-examination.

The first ground, as set out in the formal order of the Court of Appeal, and by far the most important in this case, alleges error on the part of the trial judge in permitting the Crown to call evidence in rebuttal of the appellant's testimony after the conclusion of the defence case.

At the outset, it may be observed that the law relating to the calling of rebuttal evidence in criminal cases derived originally from, and remains generally consistent with, the rules of law and practice governing the procedures followed in civil and criminal trials. The general rule is that the Crown, or in civil matters the plaintiff, will not be allowed to split its case. The Crown or the plaintiff must produce and enter in its own case all the clearly relevant evidence it has, or that it intends to rely upon, to establish its case with respect to all the issues raised in the pleadings; in a criminal case the indictment and any particulars: see *R. v. Bruno* (1975), 27 C.C.C. (2d) 318 (Ont. C.A.), *per* Mackinnon J.A., at p. 320, and for a civil case see: *Allcock Laight & Westwood Ltd. v. Patten, Bernard and Dynamic Displays Ltd.*, [1967] 1 O.R. 18 (Ont. C.A.), *per* Schroeder J.A., at pp. 21-22. This rule prevents unfair surprise, prejudice and confusion which could result if the Crown or the plaintiff were allowed to split its case, that is, to put in part of its evidence—as much as it deemed necessary at the outset—then to close the case and after the defence is complete to add further evidence to bolster the position originally advanced. The underlying reason for this rule is that the defendant or the accused is entitled at the close of the Crown's case to have before it

conséquent, bien que le contre-interrogatoire de l'appelant effectué sur ces points par l'avocat du ministère public ait été approprié, le ministère public était lié par les réponses données au cours de ce contre-interrogatoire et n'avait pas le droit de présenter une preuve visant à les réfuter.

Le premier moyen, exposé dans l'ordonnance formelle de la Cour d'appel et qui est de loin le plus important en l'espèce, porte que le juge du procès a commis une erreur en permettant au ministère public de présenter une preuve visant à réfuter le témoignage de l'appelant après la conclusion de la preuve de la défense.

D'abord, on peut remarquer que la règle applicable en matière de présentation d'une contre-preuve dans les affaires criminelles découle au départ des règles de droit et de pratique qui régissent la procédure suivie dans les procès civils et criminels, et elle demeure généralement compatible avec celles-ci. La règle générale porte que le ministère public, ou le demandeur dans les affaires civiles, ne sera pas autorisé à scinder sa preuve. Le ministère public ou le demandeur doit produire et inclure dans sa preuve tous les éléments clairement pertinents dont il dispose ou sur lesquels il a l'intention de se fonder pour établir sa preuve relativement à toutes les questions soulevées dans les débats; dans une affaire criminelle, l'acte d'accusation et tous les renseignements: voir *R. v. Bruno* (1975), 27 C.C.C. (2d) 318 (C.A. Ont.), le juge Mackinnon, à la p. 320, et pour une affaire civile voir: *Allcock Laight & Westwood Ltd. v. Patten, Bernard and Dynamic Displays Ltd.*, [1967] 1 O.R. 18 (C.A. Ont.), le juge d'appel Schroeder, aux pp. 21 et 22. Cette règle empêche les surprises injustes, les préjudices et la confusion qui pourraient résulter si le ministère public ou le demandeur était autorisé à scinder sa preuve, c'est-à-dire, à présenter une partie de ses éléments de preuve—autant qu'il l'estime nécessaire au départ—pour ensuite terminer la présentation de sa preuve et, après la fin de l'argumentation de la défense, ajouter d'autres éléments de preuve à l'appui de la position présentée au début. La raison d'être de cette règle est que le défendeur ou l'accusé a le droit à la fin de la présentation de la preuve du ministère public de disposer de la preuve

the full case for the Crown so that it is known from the outset what must be met in response.

The plaintiff or the Crown may be allowed to call evidence in rebuttal after completion of the defence case, where the defence has raised some new matter or defence which the Crown has had no opportunity to deal with and which the Crown or the plaintiff could not reasonably have anticipated. But rebuttal will not be permitted regarding matters which merely confirm or reinforce earlier evidence adduced in the Crown's case which could have been brought before the defence was made. It will be permitted only when it is necessary to insure that at the end of the day each party will have had an equal opportunity to hear and respond to the full submissions of the other.

In the cross-examination of witnesses essentially the same principles apply. Crown counsel in cross-examining an accused are not limited to subjects which are strictly relevant to the essential issues in a case. Counsel are accorded a wide freedom in cross-examination which enable them to test and question the testimony of the witnesses and their credibility. Where something new emerges in cross-examination, which is new in the sense that the Crown had no chance to deal with it in its case-in-chief (i.e., there was no reason for the Crown to anticipate that the matter would arise), and where the matter is concerned with the merits of the case (i.e. it concerns an issue essential for the determination of the case) then the Crown may be allowed to call evidence in rebuttal. Where, however, the new matter is collateral, that is, not determinative of an issue arising in the pleadings or indictment or not relevant to matters which must be proved for the determination of the case, no rebuttal will be allowed. An early expression of this proposition is to be found in *Attorney-General v. Hitchcock*, [1847] 1 Ex. 91, 154 E.R. 38, and examples of the application of the principle may be found in *R. v. Cargill*, [1913] 2 K.B. 271 (Ct. Crim. App.); *R. v. Hrechuk* (1951), 58 Man. R. 489 (C.A.); *R. v. Rafael*, [1972] 3 O.R. 238 (Ont. C.A.); and *Latour v. The Queen*, [1978]

complète du ministère public de manière à savoir, dès le début, ce à quoi il doit répondre.

Le demandeur ou le ministère public peut être autorisé à présenter une contre-preuve après la fin de l'argumentation de la défense, lorsque la défense a soulevé de nouvelles questions ou de nouveaux moyens de défense dont le ministère public n'a pas eu l'occasion de traiter et que le ministère public ou le demandeur ne pouvait pas raisonnablement prévoir. Toutefois, la contre-preuve n'est pas permise en ce qui a trait à des questions qui confirment ou renforcent simplement des éléments de preuve soumis précédemment dans le cadre de la preuve du ministère public et qui auraient pu être soumis avant la présentation de la défense. Elle ne sera autorisée que si elle est nécessaire pour assurer qu'à la fin de l'audience chaque partie aura eu une chance égale d'entendre les arguments complets de l'autre et d'y répondre.

Les mêmes principes s'appliquent essentiellement au contre-interrogatoire des témoins. En contre-interrogeant un accusé, l'avocat du ministère public n'est pas limité aux sujets qui se rattachent strictement aux questions essentielles d'une affaire. Les avocats jouissent, en matière de contre-interrogatoire, d'une grande liberté qui leur permet de vérifier et d'attaquer les dépositions des témoins et leur crédibilité. Lorsqu'un élément nouveau ressort du contre-interrogatoire, nouveau dans le sens que le ministère public n'a pas eu l'occasion d'en traiter dans sa preuve principale (c.-à-d. qu'il n'avait aucune raison de prévoir que la question serait soulevée), et lorsque la question porte sur le fond de l'affaire (c.-à-d. sur une question essentielle pour statuer sur l'affaire), le ministère public peut alors être autorisé à présenter une contre-preuve. Toutefois, lorsque la nouvelle question est incidente, c'est-à-dire, non déterminante quant à une question soulevée dans les plaidoiries ou dans l'acte d'accusation ou sans rapport avec des questions dont la preuve est nécessaire pour trancher l'affaire, aucune contre-preuve ne sera autorisée. Cette proposition a déjà été exprimée dans *Attorney-General v. Hitchcock*, [1847] 1 Ex. 91, 154 E.R. 38, et on peut trouver des exemples d'application de ce principe dans *R. v. Cargill*, [1913] 2 K.B. 271 (Ct. Crim. App.); *R.*

1 S.C.R. 361. This is known as the rule against rebuttal on collateral issues. Where it applies, Crown counsel may cross-examine the accused on the matters raised, but the Crown is bound by the answers given. This is not to say that the Crown or the trier of fact is bound to accept the answers as true. The answer is binding or final only in the sense that rebuttal evidence may not be called in contradiction. It follows then that the principal issue which arises on this branch of the case is whether the issues arising out of items 1, 2 and 3 are collateral in the sense described or relevant as going to a determinative issue in the case.

The Crown's application to call rebuttal evidence was made under s. 11 of the *Canada Evidence Act*, which provides:

11. Where a witness upon cross-examination as to a former statement made by him relative to the subject-matter of the case and inconsistent with his present testimony, does not distinctly admit that he did make such statement, proof may be given that he did in fact make it; but before such proof can be given the circumstances of the supposed statement, sufficient to designate the particular occasion, shall be mentioned to the witness, and he shall be asked whether or not he did make such statement.

I am in full agreement with the judges of the Court of Appeal that s. 11 could have no application to items 1, 2 and 3, no past inconsistent statement having been made regarding those items by the appellant. As has been noted, there was no error in this respect regarding item 4. We are then only concerned with items 1, 2 and 3. In dealing with these items, the first question is: Did other grounds exist which would justify the admission of the rebuttal evidence? Craig J.A., in the Court of Appeal, considered such other grounds did exist. He was of the view that the issues arising from items 1, 2 and 3 were not collateral issues but were relevant. Therefore, Crown evidence by rebuttal

v. Hrechuk (1951), 58 Man. R. 489 (C.A.); *R. v. Rafael*, [1972] 3 O.R. 238 (C.A. Ont.), et *Latour c. La Reine*, [1978] 1 R.C.S. 361. Il s'agit de la règle qui interdit de présenter une contre-preuve relativement à des questions incidentes. Lorsqu'elle s'applique, l'avocat du ministère public peut contre-interroger l'accusé sur les questions qui ont été soulevées, mais le ministère public est lié par les réponses données. Cela ne veut pas dire que le ministère public ou le juge des faits est tenu de considérer les réponses comme vraies. La réponse est définitive ou finale seulement dans le sens qu'on ne peut pas présenter de contre-preuve pour la contredire. Il en résulte donc que la question principale que soulève cette partie de l'affaire est de savoir si les questions qui découlent des points 1, 2 et 3 sont incidentes dans le sens qui est décrit ou pertinentes en ce sens qu'elles touchent à une question déterminante en l'espèce.

La demande du ministère public visant la présentation d'une contre-preuve était fondée sur l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada* qui prévoit:

11. Si un témoin, contre-interrogé au sujet d'une déclaration antérieure faite par lui relativement au sujet de la cause et incompatible avec sa présente déposition, n'admet pas clairement qu'il a fait cette déclaration, il est permis de prouver qu'il l'a réellement faite; mais avant de pouvoir établir cette preuve, les circonstances dans lesquelles a été faite la prétendue déclaration doivent être exposées au témoin de manière à désigner suffisamment l'occasion en particulier, et il faut lui demander s'il a fait ou non cette déclaration.

Je suis entièrement d'accord avec les juges de la Cour d'appel pour dire que l'art. 11 ne peut s'appliquer aux points 1, 2 et 3, étant donné qu'il n'y a eu, de la part de l'appelant, aucune déclaration antérieure incompatible au sujet de ces points. Comme on l'a souligné, il n'y a pas eu d'erreur à cet égard en ce qui concerne le point 4. Nous ne nous intéressons alors qu'aux points 1, 2 et 3. En examinant ces points, la première question qui se pose est la suivante: Y avait-il d'autres motifs qui auraient justifié l'admission de la contre-preuve? Le juge Craig de la Cour d'appel a considéré qu'il en existait d'autres. Il a exprimé l'avis que les questions que soulevaient les points 1, 2 et 3

was admissible. He said, in *R. v. Krause* (1984), 12 C.C.C. (3d) 392 (B.C.C.A.), at p. 405:

> One sometimes reads, or hears, a statement that credibility is a collateral issue. This is misleading. Credibility may be a secondary issue in a particular case, the primary issue being whether the Crown is able to establish the guilt of the accused beyond a reasonable doubt, but it is always an underlying issue. Evidence of the former words and conduct of a witness which is unrelated to the circumstances in issue is inadmissible either because it is immaterial or because it is irrelevant. It is collateral in both senses of the word. To the extent, however, that the former words and conduct of a witness may bear on his credibility in the case before the court, he may be questioned about them, but his answers may not be contradicted because to permit such a contradiction would cause confusion of issues, surprise and unfair prejudice. On the other hand, a person's words and conduct in relation to the case before the court are not collateral. They are very relevant. In this case, the main fact in issue was whether Krause had killed Barry Hutter on or about March 13th. The Crown adduced evidence to prove that he had killed Hutter. Krause denied that he killed Hutter. His words and actions pertaining to the circumstances of this case were relevant to the main fact in issue and, also, to Krause's credibility.

Taggart J.A. was essentially in agreement with Craig J.A. Anderson J.A., dissenting, considered that the issues dealt with in rebuttal were collateral and, accordingly, not the proper subject of rebuttal evidence.

It will be seen that there was no disagreement between the majority and the minority in the Court of Appeal with respect to the law which should be applied on this point. The sole point of departure was the differing view on the nature of the issues raised by items 1, 2 and 3. The majority found the issues relevant and material to the determination of the principal issue of guilt or innocence. The minority found the issues collateral and not relevant to the principal issue. Accordingly, the minority held that the Crown's rebuttal evidence was inadmissible.

étaient non pas incidentes, mais pertinentes. Par conséquent, la contre-preuve du ministère public était admissible. Voici ce qu'il affirme dans *R. v. Krause* (1984), 12 C.C.C. (3d) 392 (C.A.C.-B.), à la p. 405:

> [TRADUCTION] Parfois, on lit ou on entend une déclaration portant que la crédibilité est une question incidente. Cela est trompeur. La crédibilité peut être une question secondaire dans une affaire en particulier où la question principale est de savoir si le ministère public est en mesure d'établir la culpabilité de l'accusé hors de tout doute raisonnable, mais c'est toujours une question sous-jacente. Les éléments de preuve relatifs aux déclarations et à la conduite antérieures d'un témoin, qui ne sont pas liés aux circonstances du litige, ne sont pas admissibles soit parce qu'ils ne sont pas importants, soit parce qu'ils ne sont pas pertinents. Ils sont incidents dans les deux sens du terme. Toutefois, dans la mesure où les déclarations et la conduite antérieures d'un témoin peuvent influer sur sa crédibilité dans l'affaire dont est saisi le tribunal, il peut être interrogé sur celles-ci, mais ses réponses ne peuvent être démenties parce que, si l'on permettait cela, il en résulterait une confusion des questions en litige, de la surprise et un préjudice injuste. Par ailleurs, les déclarations et la conduite d'une personne, liées à l'affaire dont le tribunal est saisi, ne sont pas incidentes. Elles sont très pertinentes. En l'espèce, le principal fait en litige était de savoir si Krause a tué Barry Hutter le 13 mars ou vers cette date. Le ministère public a présenté des éléments de preuve pour démontrer qu'il a tué Hutter. Krause a nié avoir tué Hutter. Ses déclarations et ses actes se rapportant aux circonstances de l'espèce étaient pertinents en ce qui avait trait au fait principal en litige et aussi quant à la crédibilité de Krause.

Le juge Taggart était essentiellement d'accord avec le juge Craig. Le juge Anderson, dissident, a considéré que les questions traitées en contre-preuve étaient incidentes et, par conséquent, ne pouvaient pas faire l'objet d'une contre-preuve.

On constatera qu'il n'y a pas de désaccord entre les juges formant la majorité et le juge dissident en Cour d'appel quant à la règle qui devrait être appliquée sur ce point. La nature des questions soulevées par les points 1, 2 et 3 constitue le seul point sur lequel il y a eu divergence d'opinions. Les juges formant la majorité ont conclu que ces questions étaient pertinentes et importantes pour trancher la question principale de la culpabilité ou de l'innocence. Le juge dissident a conclu qu'elles se

cence. The dissent found them limited only to the collateral issue of credibility.

There was one principal issue raised in this case, that is, did the appellant kill Hutter or did he not? Evidence bearing on that issue would be clearly material and admissible and in no way collateral. The evidence in respect of which rebuttal was allowed dealt in item 1 with the appellant's assertion that the police harassed him before his arrest. He said it seemed to be a regular thing for the police to come and 'grab' him and take him down to the station. Item 2 dealt with further harassing and intimidating conduct on the part of the police, an alleged threat to put pressure on other drug dealers, telling them that the appellant had sent Hutter to them to get marijuana. Item 3 dealt with an allegation that during the course of the investigation the police had shown the appellant a gory photograph of Hutter's body. Were the points so raised material and relevant in deciding the issue—did the appellant kill Hutter?

It should be observed that the Crown chose in this case to proceed without making the accused's out-of-court statements part of its case. To establish guilt, the Crown relied on the evidence of one Molema and one Macaulay, whose evidence has been referred to above, and on various other witnesses who developed the Crown's case against the appellant. The Crown in closing its case was doing so without any police evidence regarding the statements or conversations between the police and the appellant. Although the admissibility of the conversations had been established in the *voir dire*, they were not read in evidence in the Crown's case. It seems clear that—at least up to the time when the Crown closed its case—it did not consider the evidence relevant to that issue. It may be suggested, however, that the evidence given by the accused at trial made the police version of the conversations relevant. This, however, is a conclusion I cannot reach. The evidence of the appellant reflected on the integrity of the police—though not on that of any police witness who gave evidence as

limitaient seulement à la question incidente de la crédibilité.

Une question principale a été soulevée en l'espèce, savoir, l'appelant a-t-il, oui ou non, tué Hutter? Les éléments de preuve portant sur cette question seraient clairement importants et admissibles et aucunement incidents. L'élément de preuve à l'égard duquel la présentation de la contre-preuve a été autorisée traitait quant au point 1, de la déclaration de l'appelant selon laquelle les policiers l'avaient harcelé avant son arrestation. Il a dit qu'il semblait normal pour les policiers d'arriver, de «s'emparer» de lui et de l'emmener au poste. Il était question au point 2 d'autres harcèlements et intimidations de la part des policiers, d'une allégation de menace d'exercer une pression sur les autres trafiquants de drogue en leur disant que l'appelant leur avait envoyé Hutter pour obtenir de la marijuana. Le point 3 traitait d'une allégation selon laquelle, au cours de l'enquête, les policiers avaient montré à l'appelant une photographie du corps ensanglanté de Hutter. Les points ainsi soulevés étaient-ils pertinents et importants pour trancher la question de savoir si l'appelant a tué Hutter?

Je tiens à faire observer que le ministère public a choisi en l'espèce de ne pas inclure dans sa preuve les déclarations hors cour de l'accusé. Pour démontrer la culpabilité de l'accusé, il s'est fondé sur le témoignage d'un nommé Molema et d'un nommé Macaulay, dont les dépositions ont été mentionnées précédemment, et sur d'autres témoins qui sont venus établir sa preuve contre l'appelant. Le ministère public a terminé sa preuve sans présenter de témoignage des policiers en ce qui concerne les déclarations ou les conversations qui ont eu lieu entre eux et l'appelant. Bien que l'admissibilité des conversations ait été établie au cours du voir-dire, elles n'ont pas été intégrées dans la preuve du ministère public. Il semble évident que—du moins jusqu'au moment de la clôture de la preuve du ministère public—celui-ci n'a pas tenu compte des témoignages pertinents relativement à cette question. Toutefois, on pourrait dire que le témoignage de l'accusé au procès rend pertinente la version des conversations donnée par la police. Toutefois, il s'agit là d'une conclusion

part of the Crown's case-in-chief—but it did not touch upon the question of guilt or innocence. I am unable to say that the rebuttal evidence, which merely answered allegations made by the appellant and did not touch questions relating to his guilt or innocence, was relevant on that issue. The fact that evidence is introduced by the defence-in-chief does not make it a proper subject for rebuttal evidence unless it is otherwise relevant to a matter other than credibility: see *Cargill*, *supra*, and *Hretchuk*, *supra*. In my view, in agreement with Anderson J.A. in his dissent, the issues made the subject of rebuttal were collateral, as being neither material nor relevant on the issue of guilt or innocence. The Crown was entitled to cross-examine and did cross-examine the appellant on this matter. The Crown, however, was bound by the answers and was not entitled to call evidence in rebuttal. A somewhat similar case is to be found in the case of *R. v. Perry and Franks* (1977), 36 C.C.C. (2d) 209 (Ont. C.A.) I adopt here the approach taken in that case by Dubin J.A. If the evidence of what passed between the police and the appellant during the investigation was relevant and material, it should have been introduced in chief. To allow it to be introduced by rebuttal evidence would be to allow the Crown to split its case. If, on the other hand, it was not relevant and material, and did not become relevant and material to the question of guilt or innocence or to a defence, (for example, an alibi arising for the first time during the accused's case-in-chief), no rebuttal evidence should have been permitted. I would therefore resolve this issue against the Crown, holding that it was error on the part of the trial judge to permit the Crown to call evidence in rebuttal under s. 11 of the *Canada Evidence Act* and that the allowance of rebuttal evidence could not be supported on any other ground in law. I would allow the appeal and direct a new trial, In view of my

que je ne puis tirer. Le témoignage de l'appelant portait atteinte à l'intégrité de la police—quoique non à celle des témoins de la police qui ont déposé dans le cadre de la preuve principale du ministère public—mais il ne touchait pas à la question de la culpabilité ou de l'innocence. Je suis incapable de dire que la contre-preuve, qui répondait simplement à des allégations de l'appelant et n'abordait pas des questions relatives à sa culpabilité ou à son innocence, était pertinente à cet égard. Le fait qu'un témoignage fasse partie de la défense principale n'en fait pas un objet approprié de contre-preuve à moins qu'il ne soit par ailleurs pertinent à l'égard d'une question autre que la crédibilité: voir *Cargill* et *Hretchuk*, précités. Je partage l'opinion dissidente du juge Anderson que les questions faisant l'objet de la contre-preuve étaient incidentes car elles n'étaient ni importantes ni pertinentes en ce qui a trait à la question de la culpabilité ou de l'innocence. Le ministère public avait le droit de contre-interroger l'appelant sur cette question et c'est ce qu'il a fait. Toutefois, le ministère public était lié par les réponses données et n'avait pas le droit de présenter des témoignages en contre-preuve. On trouve une affaire quelque peu semblable dans *R. v. Perry and Franks* (1977), 36 C.C.C. (2d) 209 (C.A. Ont.) En l'espèce, je fais mien le point de vue adopté par le juge Dubin dans cette affaire. Si le témoignage portant sur ce qui s'est passé entre les policiers et l'appelant au cours de l'enquête avait été pertinent et important, il aurait dû faire partie de la preuve principale. Permettre qu'il soit présenté en contre-preuve reviendrait à permettre au ministère public de scinder sa preuve. Si, par contre, il n'avait pas été pertinent et important et ne l'était pas devenu en ce qui concerne la question de la culpabilité ou de l'innocence, ou un moyen de défense (par exemple, un alibi dévoilé pour la première fois dans la preuve principale de l'accusé), aucune contre-preuve n'aurait dû être permise. Par conséquent, je suis d'avis de trancher cette question contre le ministère public, en concluant que le juge du procès a commis une erreur en lui permettant de présenter une contre-preuve en vertu de l'art. 11 de la *Loi sur la preuve au Canada* et que l'autorisation de présenter la contre-preuve ne pouvait s'appuyer sur aucun autre fondement juridique. Je suis d'avis d'accueil-

disposition of this issue, it is unnecessary to deal with the remaining points.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Turnham, Green & Co., Victoria.

Solicitor for the respondent: Attorney General of British Columbia, Victoria.

lir le pourvoi et d'ordonner la tenue d'un nouveau procès. Compte tenu de ma conclusion à l'égard de cette question, il n'est pas nécessaire de traiter des autres points soulevés.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Turnham, Green & Co., Victoria.

Procureur de l'intimée: Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Sandra Prince *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* PRINCE

File No.: 18223.

1986: April 23; 1986: November 6.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR MANITOBA

Criminal law — Kienapple principle — Accused's stabbing of a pregnant woman causing child's premature birth and his death — Accused convicted of causing bodily harm to the mother — Whether rule against multiple convictions precludes a trial on a charge of manslaughter of the child.

Criminal law — Procedure — Prerogative writs — Pre-trial motion for a stay based on the principle in Kienapple dismissed — Prohibition and certiorari sought by the accused — Whether superior courts should decline to grant prerogative remedy on an interlocutory application in respect of the rule against multiple convictions.

The accused stabbed a pregnant woman in the abdomen causing the premature birth of her child and his death. The accused, who was convicted of causing bodily harm to the mother at her first trial, made a preliminary motion requesting a stay of proceedings on a charge of manslaughter of the child on the basis of the principle in *Kienapple*. The trial judge denied the motion holding that *Kienapple* was inapplicable. The accused then made an application to the Court of Queen's Bench for an order of prohibition to prohibit the trial court from proceeding on the manslaughter charge and for an order of *certiorari* to quash the indictment. The application was dismissed. On appeal, the Court of Appeal held that the accused could not be convicted on the charge of manslaughter, granted *certiorari* and quashed the indictment. This appeal is to determine whether the accused, who was convicted of causing bodily harm in

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Sandra Prince *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* PRINCE

N° du greffe: 18223.

1986: 23 avril; 1986: 6 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU MANITOBA

Droit criminel — Principe de l'arrêt Kienapple — L'accusée a poignardé une femme enceinte causant la naissance prématurée et le décès de son enfant — L'accusée a été reconnue coupable d'avoir causé des lésions corporelles à la mère — La règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples empêche-t-elle de tenir un procès relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable perpétré contre l'enfant?

Droit criminel — Procédure — Brefs de prérogative — Rejet d'une requête préliminaire visant à obtenir une suspension d'instance en application du principe de l'arrêt Kienapple — Brefs de prohibition et de certiorari demandés par l'accusée — Les cours supérieures doivent-elles refuser de faire droit à une demande interlocutoire de bref de prérogative lorsque c'est la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples qui est en cause?

L'accusée a poignardé une femme enceinte à l'abdomen, causant ainsi la naissance prématurée et le décès de son enfant. L'accusée qui, à son premier procès, a été déclarée coupable d'avoir causé des lésions corporelles à la mère, a présenté une requête préliminaire visant à obtenir la suspension des procédures relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable perpétré contre l'enfant en application du principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple*. Le juge du procès a rejeté la requête, concluant que l'arrêt *Kienapple* ne s'appliquait pas. L'accusée a alors demandé à la Cour du Banc de la Reine de rendre une ordonnance de prohibition qui interdirait à la cour de première instance de la juger relativement à l'inculpation d'homicide involontaire coupable, ainsi qu'une ordonnance de *certiorari* qui annulerait l'acte d'accusation. La demande a été rejetée. La Cour d'appel, qui a conclu que l'accusée ne pouvait être reconnue coupable d'homicide involontaire coupable, a accordé un *certiorari* et a annulé l'acte d'accusation. Le présent pourvoi vise à déterminer si l'accusée, qui a été

respect of the mother, may also be tried for manslaughter in respect of the deceased child.

Held: The appeal should be allowed.

The rule against multiple convictions is applicable when there is a relationship of sufficient proximity firstly as between the facts, and secondly as between the offences which form the basis of two or more charges. In most cases the factual nexus requirement will be satisfied by an affirmative answer to the question: Does the same act of the accused ground each of the charges? It will not always be easy to define when one act ends and another begins, but when such difficulties arise they can be resolved having regard to factors such as the remoteness or proximity of the events in time and place, the presence or absence of relevant intervening events, and whether the accused's actions were related to each other by a common objective.

No element which Parliament has seen fit to incorporate into an offence and which has been proven beyond a reasonable doubt ought to be omitted from the offender's accounting to society, unless that element is substantially the same as, or adequately corresponds to, an element in the other offence for which he or she has been convicted. The requirement of sufficient proximity between offences will therefore only be satisfied if there is no additional and distinguishing element that goes to guilt in the offence for which a conviction is sought to be precluded by the *Kienapple* principle.

An element cannot be regarded as distinct or additional for the purpose of the rule against multiple convictions where (1) an element in one offence is a particularization of an element in another offence; (2) there is more than one method, embodied in more than one offence, to prove a single delict; and (3) when Parliament in effect deems a particular element to be satisfied by proof of a different nature because of social policy or inherent difficulties of proof. In applying these criteria, however, it is important not to carry logic so far as to frustrate Parliament's intent or as to lose sight of the overarching question whether the same cause, matter or delict underlies both charges.

reconnue coupable d'avoir causé des lésions corporelles à la mère, peut également avoir à subir un procès pour homicide involontaire coupable en ce qui concerne l'enfant décédé.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

La règle qui interdit les déclarations de culpabilité multiples est applicable lorsqu'il y a des liens suffisamment étroits tout d'abord entre les faits, et ensuite entre les infractions, qui constituent le fondement d'au moins deux accusations. Dans la plupart des cas, on satisfait à l'exigence d'un lien factuel par une réponse affirmative à la question suivante: Chacune des accusations est-elle fondée sur le même acte de l'accusé? Il n'est pas toujours facile de déterminer quand un acte prend fin et un autre commence, mais lorsque de telles difficultés surgissent, il est possible de les résoudre en fonction de facteurs comme le caractère éloigné ou la proximité des événements spatio-temporels, la présence ou l'absence d'événements intermédiaires pertinents et la question de savoir si les actes de l'accusé étaient liés par un objectif commun.

Aucun élément que le Parlement a jugé bon d'inclure dans une infraction et dont l'existence a été prouvée hors de tout doute raisonnable ne doit être omis quand le contrevenant est appelé à rendre compte de ses actes à la société, à moins que cet élément ne soit essentiellement identique ou ne corresponde suffisamment à un élément de l'autre infraction dont il a été reconnu coupable. On ne satisfera donc à l'exigence d'un lien suffisamment étroit entre les infractions que si l'infraction à l'égard de laquelle on tente d'éviter une déclaration de culpabilité en invoquant le principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple* ne comporte pas d'éléments supplémentaires et distinctifs qui touchent à la culpabilité.

Un élément ne saurait être considéré comme distinct ou supplémentaire aux fins de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples (1) si un élément d'une infraction est une manifestation particulière d'un élément d'une autre infraction, (2) s'il existe plus d'une méthode, comprise dans plus d'une infraction, d'établir un seul délit et (3) si le Parlement prévoit en fait que l'existence d'un élément donné est réputée être établie au moyen d'une autre sorte de preuve, parce que des considérations de politique sociale ou des difficultés qui se rattachent à la preuve l'imposent. Toutefois, en appliquant ces critères, il importe de se garder de pousser la logique au point de contrecarrer l'intention du législateur ou de perdre de vue la question clé de savoir si les deux accusations sont fondées sur la même cause, la même chose ou le même délit.

In the case at bar, *Kienapple* is not applicable. The requirement of a sufficient factual nexus is satisfied—a single act of the accused grounds both charges—but there is no sufficient correspondence between the elements of the two offences to sustain the operation of the rule against multiple convictions. The first offence contains as an essential ingredient the causing of bodily harm to the mother; the second requires proof of the death of her child. Neither of these elements can be subsumed into the other. Moreover, in so far as crimes of personal violence are concerned, the rule against multiple convictions is inapplicable when the convictions relate to different victims.

Finally, notwithstanding the possibility of jurisdictional error in some cases, a superior court should generally decline to consider the merits of a *Kienapple* argument on an interlocutory application.

Cases Cited

Distinguished: *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729; **considered:** *R. v. Hagenlocher* (1981), 65 C.C.C. (2d) 101, aff'd [1982] 2 S.C.R. 531; *Krug v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 255; *Côté v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 303; **approved:** *R. v. Logeman* (1978), 5 C.R. (3d) 219; *R. v. Lecky* (1978), 42 C.C.C. (2d) 406; *R. v. Earle* (1980), 24 Nfld. & P.E.I.R. 65; *R. v. Pinkerton* (1979), 46 C.C.C. (2d) 284; *R. v. Père Jean Grégoire de la Trinité* (1980), 60 C.C.C. (2d) 542; **referred to:** *R. v. Quon*, [1948] S.C.R. 508; *R. v. Siggins* (1960), 127 C.C.C. 409; *Connelly v. D.P.P.*, [1964] A.C. 1254; *R. v. Boyce* (1975), 23 C.C.C. (2d) 16; *R. v. Allison* (1983), 33 C.R. (3d) 333; *McKinney v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 401, aff'g (1979), 46 C.C.C. (2d) 566; *R. v. Harrison* (1978), 7 C.R. (3d) 32; *R. v. Taylor* (1979), 48 C.C.C. (2d) 523; *R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (2d) 138; *McGuigan v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 284; *R. v. Loyer*, [1978] 2 S.C.R. 631; *R. v. Gushue* (1976), 32 C.C.C. (2d) 189, aff'd on other grounds [1980] 1 S.C.R. 798; *Terlecki v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 483; *R. v. Birmingham and Taylor* (1976), 34 C.C.C. (2d) 386; *Hewson v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 82.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34 as amended, ss. 11, 205(5)(*a*), 206(2), 589, 663(2), 666(1).

Authors Cited

Béliveau, Pierre et Diane Labrèche. "L'élargissement du concept de "double jeopardy" en droit pénal canadien:

En l'espèce, l'arrêt *Kienapple* ne s'applique pas. On a satisfait à l'exigence d'un lien factuel suffisant—l'une et l'autre accusations sont fondées sur un seul acte de l'accusée—mais il n'y a pas entre les éléments des deux infractions une correspondance suffisante pour justifier l'application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples. La première infraction comporte comme élément essentiel le fait d'avoir causé des lésions corporelles à la mère; la seconde exige la preuve du décès de son enfant. Aucun de ces éléments ne peut être subsumé sous l'autre. De plus, en ce qui concerne les crimes violents contre des personnes, la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples ne s'applique pas lorsque les déclarations de culpabilité se rapportent à des victimes différentes.

Enfin, nonobstant la possibilité d'une erreur de compétence dans certains cas, une cour supérieure devrait généralement refuser d'examiner le bien-fondé de l'argument de l'arrêt *Kienapple* invoqué dans le cadre d'une demande interlocutoire.

Jurisprudence

Distinction d'avec l'arrêt: *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729; **arrêts examinés:** *R. v. Hagenlocher* (1981), 65 C.C.C. (2d) 101, confirmé [1982] 2 R.C.S. 531; *Krug c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 255; *Côté c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 303; **arrêts approuvés:** *R. v. Logeman* (1978), 5 C.R. (3d) 219; *R. v. Lecky* (1978), 42 C.C.C. (2d) 406; *R. v. Earle* (1980), 24 Nfld. & P.E.I.R. 65; *R. v. Pinkerton* (1979), 46 C.C.C. (2d) 284; *R. v. Père Jean Grégoire de la Trinité* (1980), 60 C.C.C. (2d) 542; **arrêts mentionnés:** *R. v. Quon*, [1948] R.C.S. 508; *R. v. Siggins* (1960), 127 C.C.C. 409; *Connelly v. D.P.P.*, [1964] A.C. 1254; *R. v. Boyce* (1975), 23 C.C.C. (2d) 16; *R. v. Allison* (1983), 33 C.R. (3d) 333; *McKinney c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 401, confirmant (1979), 46 C.C.C. (2d) 566; *R. v. Harrison* (1978), 7 C.R. (3d) 32; *R. v. Taylor* (1979), 48 C.C.C. (2d) 523; *R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (2d) 138; *McGuigan c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 284; *R. c. Loyer*, [1978] 2 R.C.S. 631; *R. v. Gushue* (1976), 32 C.C.C. (2d) 189, confirmé pour d'autres motifs [1980] 1 R.C.S. 798; *Terlecki c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 483; *R. v. Birmingham and Taylor* (1976), 34 C.C.C. (2d) 386; *Hewson c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 82.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34 et ses modifications, art. 11, 205(5)*a*), 206(2), 589, 663(2), 666(1).

Doctrine citée

Béliveau, Pierre et Diane Labrèche. «L'élargissement du concept de «double jeopardy» en droit pénal canadien:

de bis puniri a bis vexari" (1977), 37 *R. du B.* 589.
Braithwaite, William J. "Developments in Criminal Law and Procedure: The 1979-80 Term" (1981), 2 *Supreme Court L. R.* 177.
Braithwaite, William J. "Down to the Core of the Kienapple" (1979), 9 C.R. (3d) 88.
Chasse, Kenneth L. "A New Meaning for Res Judicata and its Potential Effect on Plea Bargaining" (1974), 26 C.R.N.S. 20, 48 and 64.
Ewaschuk, E. G. "The Rule Against Multiple Convictions and Abuse of Process" (1975), 28 C.R.N.S. 28.
Jordan, James C. "Application and Limitations of the Rule Prohibiting Multiple Convictions: Kienapple v. The Queen to R. v. Prince" (1984-85), 14 *Man. L. J.* 341.
Klinck, Dennis R. " "The Same Cause or Matter": The Legacy of Kienapple" (1983-84), 26 *Crim. L. Q.* 280.
Leonoff, Heather and David Deutscher. "The Plea and Related Matters". In *Criminal Procedure in Canada*. Edited by Vincent Del Buono. Toronto: Butterworths, 1982, pp. 229-262.
Mewett, Alan W. "Nemo Bis Vexari" (1973-74), 16 *Crim. L. Q.* 382.
Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 4th ed. Aurora: Canada Law Book, 1984.
Sheppard, A. F. "Criminal Law—Rule Against Multiple Convictions" (1976), 54 *Can. Bar Rev.* 627.

APPEAL from a judgment of the Manitoba Court of Appeal (1983), 27 Man. R. (2d) 63, 9 C.C.C. (3d) 155, [1984] 2 W.W.R. 114, allowing the accused's appeal from a judgment of Kroft J. dismissing the accused's application for *certiorari*. Appeal allowed.

Stuart Whitley, for the appellant.

Barry Hart Sinder, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—This appeal raises once again the scope of the principle enunciated in *Kienapple v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 729. A single act of the respondent, Sandra Prince, caused injury to one person and is alleged to have caused the death of another. Prince has been convicted of causing bodily harm in respect of the injured victim. The question is whether she may also be tried for manslaughter in respect of the deceased victim.

de bis puniri a bis vexari» (1977), 37 *R. du B.* 589.
Braithwaite, William J. «Developments in Criminal Law and Procedure: The 1979-80 Term» (1981), 2 *Supreme Court L. R.* 177.
Braithwaite, William J. «Down to the Core of the Kienapple» (1979), 9 C.R. (3d) 88.
Chasse, Kenneth L. «A New Meaning for Res Judicata and its Potential Effect on Plea Bargaining» (1974), 26 C.R.N.S. 20, 48 et 64.
Ewaschuk, E. G. «The Rule Against Multiple Convictions and Abuse of Process» (1975), 28 C.R.N.S. 28.
Jordan, James C. «Application and Limitations of the Rule Prohibiting Multiple Convictions: Kienapple v. The Queen to R. v. Prince» (1984-85), 14 *Man. L. J.* 341.
Klinck, Dennis R. « «The Same Cause or Matter»: The Legacy of Kienapple» (1983-84), 26 *Crim. L. Q.* 280.
Leonoff, Heather et David Deutscher. «Le plaidoyer et les problèmes connexes». Dans *Procédure pénale au Canada*. Édité par Vincent Del Buono et traduit par Ethel Groffier. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1983, pp. 267 à 305.
Mewett, Alan W. «Nemo Bis Vexari» (1973-74), 16 *Crim. L. Q.* 382.
Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 4th ed. Aurora: Canada Law Book, 1984.
Sheppard, A. F. «Criminal Law—Rule Against Multiple Convictions» (1976), 54 *R. du B. can.* 627.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba (1983), 27 Man. R. (2d) 63, 9 C.C.C. (3d) 155, [1984] 2 W.W.R. 114, qui a accueilli l'appel interjeté par l'accusée contre un jugement du juge Kroft qui avait rejeté sa demande de *certiorari*. Pourvoi accueilli.

Stuart Whitley, pour l'appelante.

Barry Hart Sinder, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE EN CHEF—Ce pourvoi soulève une fois de plus la question de la portée du principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 729. Un seul acte de l'intimée, Sandra Prince, a causé des blessures à une personne et serait à l'origine du décès d'une autre. Prince a été reconnue coupable d'avoir causé des lésions corporelles à la première victime. La question est de savoir si on peut aussi lui faire subir un procès pour homicide involontaire coupable dans le cas de la seconde victime.

I

Facts

On January 1, 1981, Sandra Prince, by means of a single blow to the abdomen stabbed Bernice Daniels. At the time Daniels was six months pregnant. On January 2, 1981, Prince was charged with the attempted murder of Daniels. On January 6, 1981, Daniels gave birth to a child who lived for 19 minutes and then died. The cause of death is alleged to be traceable to the stabbing. The autopsy report indicated that the knife penetrated the amniotic sac, causing contamination of the amniotic fluid which in turn caused the child's premature birth. Because the fetus was not sufficiently developed, the child died.

Between December 7, 1981, and January 4, 1982, Prince was tried and acquitted of the attempted murder of Daniels but was convicted on a charge of causing bodily harm to Daniels. An appeal to the Manitoba Court of Appeal in respect of her conviction and sentence (six months imprisonment) was dismissed on October 20, 1982.

In the meantime, on July 1, 1981, following an inquest into the death of the child, and following Prince's committal for trial on the charge of attempted murder of Daniels, Prince was charged with manslaughter of the child as follows:

THAT she, the said SANDRA PRINCE, between the thirty-first day of December, in the year of our Lord one thousand nine hundred and eighty, and the seventh day of January, in the year of our Lord one thousand nine hundred and eighty-one, both dates inclusive, at the City of Winnipeg, in the Eastern Judicial District, in the Province of Manitoba, did unlawfully cause death to the unnamed male child of Bernice Daniels, and did thereby commit manslaughter.

A preliminary inquiry regarding this charge was held in February, 1982, and Prince was committed to stand trial. On April 29, 1983, Prince's lawyer made a preliminary motion to the trial judge, Barkman Co. Ct. J., requesting him to enter a stay of proceedings on the basis of the principle in *Kienapple v. The Queen.*

I

Les faits

Le 1er janvier 1981, Sandra Prince a asséné un coup de couteau à l'abdomen de Bernice Daniels. À l'époque, Daniels était enceinte de six mois. Le 2 janvier 1981, Prince a été accusée de tentative de meurtre contre Daniels. Le 6 janvier 1981, cette dernière a accouché d'un enfant qui n'a vécu que dix-neuf minutes. On allègue que le décès est imputable au coup de couteau. D'après le rapport d'autopsie, le couteau a percé le sac amniotique, provoquant la contamination du liquide amniotique, ce qui a entraîné la naissance prématurée de l'enfant. Parce que le fœtus n'était pas suffisamment développé, l'enfant est décédé.

Entre le 7 décembre 1981 et le 4 janvier 1982, Prince a été jugée et acquittée relativement à la tentative de meurtre contre Daniels, mais a été déclarée coupable de lui avoir causé des lésions corporelles. L'appel de la déclaration de culpabilité et de la peine imposée (six mois d'emprisonnement) a été rejeté par la Cour d'appel du Manitoba le 20 octobre 1982.

Entre-temps, le 1er juillet 1981, à la suite d'une enquête sur le décès de l'enfant et après avoir été renvoyée à son procès relativement à l'accusation de tentative de meurtre contre Daniels, Prince a été accusée d'homicide involontaire coupable perpétré contre l'enfant. L'accusation est ainsi formulée:

[TRADUCTION] D'AVOIR [ladite SANDRA PRINCE], entre le trente et unième jour de décembre de l'an de grâce mil neuf cent quatre-vingt et le septième jour de janvier de l'an de grâce mil neuf cent quatre-vingt-un inclusivement, dans la ville de Winnipeg, dans le district judiciaire de l'Est, province du Manitoba, causé la mort de l'enfant mâle innommé de Bernice Daniels, commettant ainsi un homicide involontaire coupable.

Une enquête préliminaire portant sur cette accusation a eu lieu en février 1982 et Prince a été renvoyée à son procès. Le 29 avril 1983, l'avocat de Prince a présenté au juge du procès, le juge Barkman de la Cour de comté, une requête préliminaire visant à obtenir une suspension d'instance en application du principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple c. La Reine.*

II

Judgments in the Manitoba Courts

Barkman Co. Ct. J. denied the motion. He held that *Kienapple* was inapplicable because, although there was only one act of the accused, there were two persons affected and there were two different elements: the wounding of Daniels, and the wounding of the child ultimately resulting in his death. Barkman Co. Ct. J. said that it was difficult to reconcile the decision in *R. v. Hagenlocher* (1981), 65 C.C.C. (2d) 101 (Man. C.A.) with other cases. The majority of the Manitoba Court of Appeal left the impression in its reasons in that case that the focus of the *Kienapple* inquiry was on the acts of the accused which grounded the charges. If a single act was involved, it appeared that *Kienapple* would be applicable according to those reasons. Barkman Co. Ct. J. suggested that whether *Hagenlocher* was correctly decided was a question which might possibly be resolved in time. In his view, the majority of the authorities indicated that *Kienapple* was inapplicable in multiple-victim situations.

Prince then applied to the Court of Queen's Bench for an order of prohibition to prohibit the County Court Judges' Criminal Court from trying her on the manslaughter indictment, and for an order of *certiorari* quashing the indictment. Without dealing with the merits of the *Kienapple* argument, Kroft J. dismissed the application. In his view, the application was in the nature of an appeal from the decision of Barkman Co. Ct. J. on the preliminary motion. He felt the proper course for Prince was to appeal the decision of the trial judge at the conclusion of the trial.

In the Manitoba Court of Appeal, on an appeal from the decision of Kroft J., Matas J.A. delivered the reasons for a unanimous panel consisting also of O'Sullivan and Huband JJ.A. Matas J.A. observed that the decision of the Manitoba Court of Appeal in *R. v. Hagenlocher* was affirmed by

II

Les jugements des tribunaux manitobains

Le juge Barkman a rejeté la requête. Il a conclu que l'arrêt *Kienapple* était inapplicable puisque, bien que l'accusée n'ait commis qu'un seul acte, cet acte touchait deux personnes et comportait deux éléments différents: les blessures infligées à Daniels et celles infligées à l'enfant qui ont fini par entraîner son décès. Le juge Barkman de la Cour de comté a affirmé que l'arrêt *R. v. Hagenlocher* (1981), 65 C.C.C. (2d) 101 (C.A. Man.), était difficilement conciliable avec d'autres décisions. Les motifs rédigés par la Cour d'appel du Manitoba à la majorité dans cette affaire donnent l'impression que, dans l'affaire *Kienapple*, on s'est arrêté surtout aux actes de l'accusé sur lesquels reposaient les accusations. D'après ces motifs, il semblait que s'il n'était question que d'un seul acte, l'arrêt *Kienapple* serait applicable. Le juge Barkman a laissé entendre qu'il se pourrait que la question du bien-fondé de l'arrêt *Hagenlocher* puisse être résolue en temps utile, mais à son avis, il ressortait de la majorité des précédents que l'arrêt *Kienapple* est inapplicable dans les cas où il y a plus d'une victime.

Prince s'est alors adressée à la Cour du Banc de la Reine en vue d'obtenir une ordonnance de prohibition qui interdirait à la Cour criminelle de comté de la juger relativement à l'inculpation d'homicide involontaire coupable, ainsi qu'une ordonnance de *certiorari* qui annulerait l'acte d'accusation. Le juge Kroft a rejeté la demande sans examiner le bien-fondé de l'argument invoquant l'arrêt *Kienapple*. D'après lui, cette demande participait d'un appel de la décision du juge Barkman sur la requête préliminaire. Il a donc estimé que ce qu'il convenait à Prince de faire était d'interjeter appel de la décision rendue par le juge du procès à la fin de l'instance.

La décision du juge Kroft a été portée en appel devant la Cour d'appel du Manitoba et le juge Matas, qui a prononcé les motifs unanimes d'une formation composée aussi des juges O'Sullivan et Huband, a fait remarquer que l'arrêt *R. v. Hagenlocher* de la Cour d'appel du Manitoba a été

this Court, [1982] 2 S.C.R. 531, for the reasons delivered orally by Laskin C.J.:

> We do not need to hear you, Mr. Margolis and Mr. Zaifman. We are all of the opinion that the conclusions reached by the majority judgment of the Manitoba Court of Appeal in applying the *Kienapple* principle were correct and hence this appeal must accordingly be dismissed.

Matas J.A. felt that *Hagenlocher* (which I will summarize below) was applicable to the facts of the present case. Accordingly, Prince could not be convicted on the manslaughter indictment. The Court of Appeal granted *certiorari* and quashed the indictment, noting that it would have been a jurisdictional error for Barkman Co. Ct. J. to have proceeded with a trial on the manslaughter charge and that no purpose would be served by refusing relief to Prince and thereby requiring her to submit to an unnecessary trial: (1983), 27 Man. R. (2d) 63, 9 C.C.C. (3d) 155, [1984] 2 W.W.R. 114.

confirmé par cette Cour, [1982] 2 R.C.S. 531, pour les motifs rendus oralement par le juge en chef Laskin:

> Il n'est pas nécessaire de vous entendre Me Margolis et Me Zaifman. Nous sommes tous d'avis que les conclusions de l'arrêt rendu à la majorité par la Cour d'appel du Manitoba, relativement à l'application du principe *Kienapple* sont exactes. En conséquence, le présent pourvoi doit être rejeté.

Le juge Matas a estimé que l'arrêt *Hagenlocher* (que je résumerai plus loin) s'applique aux faits de la présente affaire. Par conséquent, Prince ne pouvait être reconnue coupable d'homicide involontaire coupable. La Cour d'appel a accordé un *certiorari* et a annulé l'acte d'accusation, soulignant que le juge Barkman de la Cour de comté aurait commis une erreur de compétence s'il avait procédé à l'instruction de l'accusation d'homicide involontaire coupable et qu'il ne servirait à rien de refuser à Prince le redressement sollicité et de l'obliger ainsi à subir un procès inutile: (1983), 27 Man. R. (2d) 63, 9 C.C.C. (3d) 155, [1984] 2 W.W.R. 114.

III

The *Kienapple* Case

Since this Court's decision in *Kienapple*, there has been considerable controversy about the nature and scope of the principle of *res judicata* articulated for the majority by Laskin J., as he then was. Various commentators have expressed differing views about the meaning and application of the *Kienapple* case: see Dennis R. Klinck, "The Same Cause or Matter": The Legacy of Kienapple" (1983-84), 26 *Crim. L. Q.* 280; James C. Jordan, "Application and Limitations of the Rule Prohibiting Multiple Convictions: Kienapple v. The Queen to R. v. Prince" (1984-85), 14 *Man. L. J.* 341; Alan W. Mewett, "Nemo Bis Vexari" (1973-74), 16 *Crim. L. Q.* 382; A. F. Sheppard, "Criminal Law—Rule Against Multiple Convictions" (1976), 54 *Can. Bar Rev.* 627; Kenneth L. Chasse, "A New Meaning for Res Judicata and its Potential Effect on Plea Bargaining" (1974), 26 C.R.N.S. 20, 48, 64; E. G. Ewaschuk, "The Rule Against Multiple Convictions and Abuse of Process" (1975), 28 C.R.N.S. 28; Pierre Béliveau and Diane Labrèche, "L'élargissement du concept de

III

L'arrêt *Kienapple*

Depuis l'arrêt *Kienapple* de cette Cour, la question de la nature et de la portée du principe de l'autorité de la chose jugée énoncé au nom de la majorité par le juge Laskin (plus tard Juge en chef) a soulevé une vive controverse. Divers glossateurs ont exprimé des opinions divergentes sur le sens et l'application de l'arrêt *Kienapple*: voir Dennis R. Klinck, « «The Same Cause or Matter»: The Legacy of Kienapple» (1983-84), 26 *Crim. L. Q.* 280; James C. Jordan, «Application and Limitations of the Rule Prohibiting Multiple Convictions: Kienapple v. The Queen to R. v. Prince» (1984-85), 14 *Man. L. J.* 341; Alan W. Mewett, «Nemo Bis Vexari» (1973-74), 16 *Crim. L. Q.* 382; A. F. Sheppard, «Criminal Law—Rule Against Multiple Convictions» (1976), 54 *R. du B. can.* 627; Kenneth L. Chasse, «A New Meaning for Res Judicata and its Potential Effect on Plea Bargaining» (1974), 26 C.R.N.S. 20, 48, 64; E. G. Ewaschuk, «The Rule Against Multiple Convictions and Abuse of Process» (1975), 28 C.R.N.S. 28; Pierre Béliveau et Diane Labrèche, «L'élargissement du

«double jeopardy» en droit pénal canadien: de bis puniri a bis vexari" (1977), 37 *R. du B.* 589 at pp. 628-36; William J. Braithwaite, "Down to the Core of the Kienapple" (1979), 9 C.R. (3d) 88; Roger E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (4th ed. 1984), at pp. 258-63; Heather Leonoff and David Deutscher, "The Plea and Related Matters", in Vincent Del Buono (ed.), *Criminal Procedure in Canada* (1982), at pp. 258-62; William J. Braithwaite, "Developments in Criminal Law and Procedure: The 1979-80 Term" (1981), 2 *Supreme Court L. R.* 177, at pp. 213-19. The courts also have expressed widely differing views regarding the proper scope of the *Kienapple* principle: contrast, for example, the majority opinion of Huband J.A. with the dissenting opinion of Monnin J.A., as he then was, in *R. v. Hagenlocher*.

The variance of views within the judiciary and in the learned journals suggests that the time may well be ripe for a review of the jurisprudence in this area. The appropriate point of departure is, of course, the judgment of the majority in *Kienapple* in which an accused was indicted on two counts in respect of a single act of non-consensual sexual intercourse with a thirteen year old girl who was not his wife. The defendant, Kienapple, was charged with rape contrary to s. 143 and unlawful carnal knowledge of a female under fourteen years of age contrary to s. 146(1) of the *Criminal Code*. At page 744, Laskin J. said:

> It is plain, of course, that Parliament has defined two offences in ss. 143 and 146(1), but there is an overlap in the sense that one embraces the other when the sexual intercourse has been with a girl under age fourteen without her consent. It is my view that in such a case, if the accused has been charged, first, with rape and, secondly, with a s. 146(1) offence, and there is a verdict of guilty of rape, the second charge falls as an alternative charge and the jury should be so directed. Correlatively, however, the jury should also be directed that if they find the accused not guilty of rape they may still

concept de «double jeopardy» en droit pénal canadien: de bis puniri a bis vexari» (1977), 37 *R. du B.* 589, aux pp. 628 à 636; William J. Braithwaite, «Down to the Core of the Kienapple» (1979), 9 C.R. (3d) 88; Roger E. Salhany, *Canadian Criminal Procedure* (4th ed. 1984), aux pp. 258 à 263; Heather Leonoff et David Deutscher, «Le plaidoyer et les problèmes connexes», dans Vincent Del Buono (éd.), *Procédure pénale au Canada* (1983), aux pp. 300 à 305; William J. Braithwaite, «Developments in Criminal Law and Procedure: The 1979-80 Term» (1981), 2 *Supreme Court L. R.* 177, aux pp. 213 à 219. Les tribunaux aussi ont exprimé des points de vue très divergents quant à la portée véritable du principe formulé dans l'arrêt *Kienapple*: comparer, par exemple, l'opinion que le juge Huband a rédigée au nom de la Cour d'appel à la majorité dans l'affaire *R. v. Hagenlocher* avec les motifs de dissidence du juge Monnin (alors juge puîné) dans la même affaire.

Compte tenu des divergences d'opinions exprimées au sein de la magistrature et dans les revues savantes, il se peut fort bien que le moment soit venu d'entreprendre un examen de la jurisprudence dans ce domaine. Il convient, bien entendu, de commencer par examiner les motifs de la Cour à la majorité dans l'affaire *Kienapple* où l'accusé avait fait l'objet de deux chefs d'accusation relativement à un seul acte consistant à avoir eu des rapports sexuels avec une adolescente non consentante de treize ans qui n'était pas son épouse. Le prévenu, Kienapple, a été accusé d'avoir commis un viol, contrairement à l'art. 143, et d'avoir eu des rapports sexuels illicites avec une personne du sexe féminin âgée de moins de quatorze ans, contrairement au par. 146(1) du *Code criminel*. À la page 744, le juge Laskin affirme:

> Il est clair, bien entendu, que le Parlement a défini deux infractions aux art. 143 et 146(1), mais il y a recoupement en ce sens que l'une embrasse l'autre quand les rapports sexuels ont eu lieu avec une jeune fille de moins de quatorze ans sans son consentement. Je suis d'avis que dans un tel cas, si l'accusé est d'abord inculpé de viol et, ensuite, d'une infraction prévue à l'art. 146, par. (1), et si un verdict de culpabilité de viol est rendu, la seconde inculpation tombe comme inculpation de remplacement et il faut en instruire le jury. Corrélativement, toutefois, il faut aussi dire au jury que

find him guilty under s. 146(1) where sexual intercourse with a girl under age fourteen has been proved.

(Emphasis added.)

In describing the rationale underlying his conclusion Laskin J. referred to a principle that there ought not to be multiple convictions for the same "delict", "matter" or "cause". At page 750, he explained:

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.

(Emphasis added.)

And at p. 751:

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: . . .

(Emphasis added.)

The majority judgment at p. 753, however, recognized that Parliament could create two separate offences out of the same matter and could mandate multiple convictions if it made clear its intentions in this regard.

After considering the legislative history of the two offences in the *Kienapple* case, Laskin J. stated at pp. 753-54:

If any conclusion can be drawn from this short history, it is that carnal knowledge of a victim under age ten, and later under age fourteen, with its lesser punishment after 1877 (and until that for rape was changed), was regarded as an alternative charge to rape, unnecessary where there was no consent (since age was not and is not a necessary averment in rape) but available where proof of want of consent could not be made or was doubtful.

(Emphasis added.)

s'il trouve l'accusé non coupable de viol il peut encore le trouver coupable d'une infraction prévue à l'art. 146, par. (1), lorsque des rapports sexuels avec une fille de moins de quatorze ans ont été prouvés.

(C'est moi qui souligne.)

En exposant la raison fondamentale de sa conclusion, le juge Laskin a parlé d'un principe selon lequel il ne doit pas y avoir de déclarations de culpabilité multiples pour le même «délit», la même «chose» ou la même «cause». À la page 750, il explique:

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.

(C'est moi qui souligne.)

À la page 751, il ajoute:

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: . . .

(C'est moi qui souligne.)

À la page 753 toutefois, la Cour à la majorité reconnaît que le Parlement peut créer deux infractions distinctes à propos de la même chose et qu'il peut autoriser des déclarations de culpabilité multiples à la condition de manifester clairement son intention à cet égard.

Après avoir fait l'historique législatif des deux infractions en question dans l'affaire *Kienapple*, le juge Laskin affirme, aux pp. 753 et 754:

Si une conclusion peut être tirée de ce bref historique, c'est que le commerce charnel avec une victime âgée de moins de dix ans, et plus tard de moins de quatorze ans, avec sa peine plus légère après 1877 (et jusqu'à ce que soit changée la peine pour viol), était considéré, relativement au viol, comme une inculpation de remplacement, inutile lorsqu'il n'y avait pas eu consentement (vu que l'âge n'était pas un élément à alléguer et ne l'est pas encore, en matière de viol) mais disponible lorsque la preuve de l'absence de consentement ne pouvait être faite ou était douteuse.

(C'est moi qui souligne.)

Professor Klinck in the following passage at p. 286 of his article, " "The Same Cause or Matter": The Legacy of Kienapple", *supra*, has in my view correctly identified the manner in which the two charges in *Kienapple* were "alternative" to each other:

> Sexual intercourse with a female under 14 could be regarded as a kind of "constructive rape"; it might be said that the statute deems a girl under 14 to be incapable of consenting.

It is only in this fashion that it can properly be said that "the same or substantially the same elements" made up the offences of rape and carnal knowledge of a female under 14 years of age.

Several commentators on the *Kienapple* decision have suggested that *res judicata* in criminal law is an inappropriate foundation upon which to rest a rule against multiple convictions, or at least that a new meaning had to be given to *res judicata* in order to support the *Kienapple* decision: Sheppard, *supra*, at p. 635; Ewaschuk, *supra*, at p. 30; Jordan, *supra*, at pp. 347-48; Chasse, *supra*, at pp. 20-21; and Mewett, *supra*, at p. 385. There may be some merit to questioning the choice of terminology selected by the majority, and for this reason I prefer to refer to the doctrine enunciated in *Kienapple* as a rule against multiple convictions or, simply, as the *Kienapple* principle.

What cannot seriously be denied, however, is that there was antecedent Canadian case law precluding multiple convictions in circumstances that did not fall neatly within the plea of *autrefois convict*, or within s. 11 of the *Criminal Code* (prohibiting multiple punishment for the "same offence"), or within the requirements of an included offence under s. 589: see, for example, *R. v. Quon*, [1948] S.C.R. 508, and *R. v. Siggins* (1960), 127 C.C.C. 409 (Ont. C.A.) These cases, amongst others, prior to the Court's decision in *Kienapple*, make it clear that the Canadian courts have long been concerned to see that multiple

Le professeur Klinck, dans l'extrait suivant de la p. 286 de son article intitulé « «The Same Cause or Matter»: The Legacy of Kienapple», précité, a su, selon moi, décrire correctement la manière dont les deux infractions dans l'affaire *Kienapple* constituaient des infractions «de remplacement» l'une par rapport à l'autre:

> [TRADUCTION] Les rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de 14 ans pourraient être considérés comme une espèce de «viol par interprétation»; en effet, il serait possible de prétendre que, aux fins de la loi, une jeune fille de moins de 14 ans est réputée incapable de consentir.

Ce n'est que dans ce sens que l'on peut affirmer à juste titre que «les mêmes éléments, ou fondamentalement les mêmes», constituent l'infraction de viol et celle de rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de 14 ans.

Plusieurs commentateurs de l'arrêt *Kienapple* ont laissé entendre que l'autorité de la chose jugée en droit criminel n'est pas un fondement approprié pour une règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, ou qu'il faut à tout le moins donner à l'autorité de la chose jugée un sens nouveau afin de justifier l'arrêt *Kienapple*: Sheppard, précité, à la p. 635; Ewaschuk, précité, à la p. 30; Jordan, précité, aux pp. 347 et 348; Chasse, précité, aux pp. 20 et 21; et Mewett, précité, à la p. 385. On peut être fondé à critiquer les termes employés par la majorité et, pour cette raison, je préfère désigner le principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple*, comme règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples ou, simplement, comme principe de l'arrêt *Kienapple*.

On ne peut toutefois pas sérieusement nier l'existence d'une jurisprudence canadienne antérieure selon laquelle il ne peut y avoir de déclarations de culpabilité multiples dans des circonstances qui ne relèvent pas clairement du plaidoyer d'autrefois convict ou de l'art. 11 du *Code criminel* (qui interdit les peines multiples pour la «même infraction»), ou qui ne satisfont pas aux exigences établies par l'art. 589 relativement aux infractions incluses: voir, par exemple, l'arrêt *R. v. Quon*, [1948] R.C.S. 508, et l'arrêt *R. v. Siggins* (1960), 127 C.C.C. 409 (C.A. Ont.) Il ressort nettement de ces arrêts, pour ne nommer que ceux-là, qui ont

convictions are not without good reason heaped on an accused in respect of a single criminal delict. I therefore cannot agree with those commentators who refer to the *Kienapple* case as having created an entirely "new defence": Chasse, *supra* at p. 20; Jordan, *supra*, at p. 356. What was new in *Kienapple* relative to *Quon* (though not to *Siggins*) was the abandoning of an attempt to give effect to a rule against multiple convictions by "reading down" a *Criminal Code* provision. What was also new was an express recognition that the test for the application of the rule had to be framed not in terms of whether the offences charged were the "same offences" (or "included offences"), but in terms of whether the same "cause", "matter" or "delict" was the foundation for both charges.

précédé l'arrêt *Kienapple* de cette Cour, que les tribunaux canadiens veillent depuis longtemps à ce qu'un accusé ne soit pas assujetti sans raison valable à des déclarations de culpabilité multiples à l'égard d'un seul délit criminel. Je ne puis donc être d'accord avec les glossateurs qui affirment que l'arrêt *Kienapple* a créé un moyen de défense complètement «nouveau»: Chasse, précité, à la p. 20; Jordan, précité, à la p. 356. Ce qui est nouveau dans l'arrêt *Kienapple* par rapport à l'arrêt *Quon* (mais non par rapport à l'arrêt *Siggins*) est l'abandon d'une tentative d'appliquer une règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples en donnant une «interprétation atténuée» à une disposition du *Code criminel*. Une autre innovation était la reconnaissance expresse que le critère permettant de déterminer l'applicabilité de la règle devait être formulé non pas en fonction de la question de savoir si les infractions reprochées étaient les «mêmes infractions» (ou des «infractions incluses»), mais de savoir si les deux accusations avaient pour fondement la même «cause», la même «chose» ou le même «délit».

This second change acknowledges that "offence" is a term of art and any given offence cannot be "the same as" or "included in" any other offence unless there is a precise correspondence in the definition of the offences. In the words of Lord Devlin, "legal characteristics are precise things and are either the same or not": *Connelly v. D.P.P.*, [1964] A.C. 1254 (H.L.) See also Klinck, *supra*, at p. 285. In short, I believe it was the acknowledgment of the independent legal identity of different offences which led the majority in *Kienapple* to its careful choice of the words, "cause", "matter", or "delict" in lieu of "offence".

Par ce second changement, on reconnaît que le mot «infraction» est un terme technique et qu'une infraction donnée ne peut pas être «la même» qu'une autre infraction ou «incluse dans» celle-ci, à moins que les définitions des infractions ne correspondent exactement. Comme l'a dit lord Devlin, [TRADUCTION] «les caractéristiques légales sont des notions précises; elles sont les mêmes ou elles ne le sont pas»: *Connelly v. D.P.P.*, [1964] A.C. 1254 (H.L.) Voir aussi Klinck, précité, à la p. 285. Bref, je crois que c'est la reconnaissance de l'identité légale indépendante de différentes infractions qui a amené la majorité dans l'arrêt *Kienapple* à choisir soigneusement les termes «cause», «chose» ou «délit» plutôt que le mot «infraction».

Unfortunately, some commentators and courts have wrongly inferred from these words that there need be no substantial nexus between the offences for which an application of the *Kienapple* principle is sought, providing there is a common act of the accused underlying the charges. The excerpts which I have quoted above from the *Kienapple* case, including phrases such as "substantially the same elements", "alternative charges", and "one

Malheureusement, certains glossateurs et tribunaux ont déduit à tort de ces termes qu'il n'est pas nécessaire d'avoir un lien solide entre les infractions à l'égard desquelles on demande l'application du principe de l'arrêt *Kienapple*, pourvu seulement que les accusations soient fondées sur un même acte de l'accusé. Les extraits de l'arrêt *Kienapple* que j'ai cités, y compris les expressions telles que «fondamentalement les mêmes [éléments]», «incul-

[offence] embraces the other", suggest that the majority thought otherwise.

IV

The Scope of the *Kienapple* Principle

(i) *The Factual Nexus Between the Charges*

It is elementary that *Kienapple* does not prohibit a multiplicity of convictions, each in respect of a different factual incident. Offenders have always been exposed to criminal liability for each occasion on which they have transgressed the law, and *Kienapple* does not purport to alter this perfectly sound principle. It is therefore a *sine qua non* for the operation of the rule against multiple convictions that the offences arise from the same transaction.

The degree of factual identity between the charges that is required to sustain the application of the rule is exemplified by the decision of this Court in *Côté v. The Queen*, [1975] 1 S.C.R. 303, which involved two offences normally capable of supporting the rule against multiple convictions: see *Hewson v. The Queen*, [1979] 2 S.C.R. 82, at p. 97. In *Côté*, the accused had been found in possession of property two years after his conviction for a robbery in respect of the same property. The accused had been sentenced for the robbery offence, imprisoned and released from prison when the police found him in possession of the stolen property. Evidently the accused had hidden the fruits of his robbery before he served his jail sentence. It was argued that possession by the original thief was merely a continuation of the act of theft.

The majority of the Court, however, held that the accused's possession was sufficiently removed in time and circumstance from the original taking of the property so that the accused could be convicted of both offences. Fauteux C.J. (Ritchie, Abbott and Judson JJ. concurring) wrote, at pp. 310-11:

pations de remplacement» et «une [infraction] embrasse l'autre», portent à croire que la majorité n'a pas été de cet avis.

IV

La portée du principe de l'arrêt *Kienapple*

(i) *Le lien factuel entre les accusations*

Il va de soi que l'arrêt *Kienapple* n'empêche pas la multiplicité des déclarations de culpabilité lorsque chacune se rapporte à des faits différents. Les contrevenants encourent toujours une responsabilité criminelle chaque fois qu'ils transgressent la loi, et l'arrêt *Kienapple* n'a nullement pour effet de modifier ce principe parfaitement valable. Il est donc essentiel, pour que s'applique la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, que les infractions tirent leur origine de la même opération.

Le degré d'identité factuelle des accusations qui est requis pour que la règle puisse s'appliquer ressort de l'arrêt de cette Cour *Côté c. La Reine*, [1975] 1 R.C.S. 303, où il est question de deux infractions normalement susceptibles de justifier l'application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples: voir l'arrêt *Hewson c. La Reine*, [1979] 2 R.C.S. 82, à la p. 97. Dans l'affaire *Côté*, des biens avaient été trouvés en la possession de l'accusé deux ans après qu'il eut été déclaré coupable du vol qualifié de ces mêmes biens. Condamné à une peine d'emprisonnement relativement à l'infraction de vol qualifié, l'accusé avait été libéré de prison au moment où la police a découvert qu'il avait les biens volés en sa possession. De toute évidence, il avait caché les fruits de son vol avant de commencer à purger sa peine. On a fait valoir que cette possession par le voleur initial ne constituait que la continuation de l'acte du vol.

La Cour à la majorité a toutefois conclu que la possession par l'accusé était suffisamment éloignée, sur les plans du temps et des circonstances, du vol initial des biens pour que l'accusé puisse être reconnu coupable des deux infractions. Le juge en chef Fauteux (à l'avis duquel ont souscrit les juges Ritchie, Abbott et Judson) écrit, aux pp. 310 et 311:

In my opinion one cannot validly maintain, on the one hand, that continuation of the thief's possession—whether for weeks, months or years—is always a continuation of the act of theft or, if one prefers, a continuation of the commission of the theft, and one cannot, on the other hand, maintain that at the very time and place in which the thief takes or converts the thing, and so acquires possession of it, he is committing the offence of unlawful possession dealt with in s. 296.

Determination of the time when the offence of theft is consummated and the offence of unlawful possession, described in s. 296, so far as the thief is concerned, begins, cannot be resolved in the abstract. However, the difficulty that may exist in determining this time, according to the circumstances of each case, does not affect the substance of the law.

For Pigeon J. (Martland J. concurring) it was the intervening conviction itself which separated the theft from the possession. In his view, an accused could not receive judicial sanction to continue breaking the law. For a continuing offence there is no undue multiplication of convictions when the second conviction relates to a continuation of the offence beyond the date of the first conviction.

In most cases, I believe, the factual nexus requirement will be satisfied by an affirmative answer to the question: Does the same act of the accused ground each of the charges? As *Côté* demonstrates, however, it will not always be easy to define when one act ends and another begins. Not only are there peculiar problems associated with continuing offences, but there exists the possibility of achieving different answers to this question according to the degree of generality at which an act is defined: see Klinck, *supra*, at p. 292; Leonoff and Deutscher, *supra*, at p. 261; and Sheppard, *supra*, at p. 638. Such difficulties will have to be resolved on an individual basis as cases arise, having regard to factors such as the remoteness or proximity of the events in time and place, the presence or absence of relevant intervening events (such as the robbery conviction in *Côté*), and whether the accused's actions were related to each other by a common objective. In the meantime, it would be a mistake to emphasize the

À mon avis, on ne peut pas validement prétendre, d'une part, que la continuation de la possession par le voleur—quelle qu'en soit la durée en semaines, mois ou années—soit toujours la continuation de l'acte du vol, ou si l'on veut, la continuation de la perpétration du vol et on ne peut, d'autre part, validement prétendre qu'à l'instant même et au lieu même où le voleur soustrait ou détourne la chose et en acquiert ainsi la possession, il commet alors l'infraction de la possession illégale visée par l'art. 296.

La détermination du moment où l'infraction de vol est complètement consommée et le moment où commence, pour le voleur, l'infraction de possession illégale décrite dans l'art. 296 ne peut être solutionnée dans l'abstrait. Et la difficulté qu'il peut y avoir à déterminer ce moment selon les circonstances de chaque cas, n'affecte pas la substance du droit.

Pour le juge Pigeon (dont l'opinion a été partagée par le juge Martland), c'était la déclaration de culpabilité survenue entre-temps qui séparait le vol d'avec la possession. Selon lui, un accusé ne pouvait obtenir des tribunaux l'autorisation de continuer à enfreindre la loi. Dans le cas d'une infraction continue, il n'y a pas de multiplication indue des déclarations de culpabilité lorsque la seconde déclaration de culpabilité se rapporte à la continuation de l'infraction au delà de la date de la première déclaration de culpabilité.

J'estime que, dans la plupart des cas, on satisfait à l'exigence d'un lien factuel par une réponse affirmative à la question suivante: Chacune des accusations est-elle fondée sur le même acte de l'accusé? Comme le démontre l'arrêt *Côté* cependant, il n'est pas toujours facile de déterminer quand un acte prend fin et un autre commence. Non seulement les infractions continues suscitent-elles des problèmes qui leur sont particuliers, mais il y a aussi la possibilité d'obtenir des réponses différentes à cette question, suivant le degré de généralité de la définition d'un acte: voir Klinck, précité, à la p. 292, Leonoff et Deutscher, précité, à la p. 304, et Sheppard, précité, à la p. 638. Ces difficultés doivent être résolues une à une au fur et à mesure qu'elles surgissent, et ce, en fonction de facteurs comme le caractère éloigné ou la proximité des événements spatio-temporels, la présence ou l'absence d'événements intermédiaires pertinents (comme la déclaration de culpabilité de vol qualifié dans l'affaire *Côté*), et la question de

difficulties. In many cases, including the present appeal, it will be clear whether or not the charges are founded upon the same act.

(ii) *The Nexus Between the Offences: Need There be One?*

The next question which must be addressed is whether the presence of a sufficient factual nexus is the only requirement which must be met in order to justify application of the *Kienapple* principle. Counsel for Sandra Prince refers in his factum to the *Kienapple* principle as one relating to multiple convictions for the same act. Similarly, Sheppard, in his early commentary on *Kienapple*, propounds a same transaction test for the rule against multiple convictions. Some courts, too, have referred to the "same act" or "same transaction" underlying two offences in terms which might suggest that that was sufficient to sustain the operation of the rule: see, for example, *R. v. Boyce* (1975), 23 C.C.C. (2d) 16 (Ont. C.A.), *R. v. Allison* (1983), 33 C.R. (3d) 333 (Ont. C.A.) and *Hagenlocher* (Man. C.A.)

In my opinion, the application of *Kienapple* is not so easily triggered. Once it has been established that there is a sufficient factual nexus between the charges, it remains to determine whether there is an adequate relationship between the offences themselves. The requirement of an adequate legal nexus is apparent from the use by the majority in *Kienapple* of the words "cause", "matter" or "delict" in lieu of "act" or "transaction" in defining the principle articulated in that case. More telling is the fact that Laskin J. went to considerable pains to discuss the legislative history of rape and carnal knowledge of a female under 14 years and to conclude that the offences were perceived as alternative charges when there was non-consensual intercourse with a female under 14. I am not prepared to regard Laskin J.'s analysis in this regard as unnecessary or irrelevant to the outcome in *Kienapple*, which it would of course be if the rule against multiple convictions applied

savoir si les actes de l'accusé étaient liés par un objectif commun. En même temps, on aurait tort d'insister sur les difficultés. Dans bien des cas, y compris en l'espèce, il est facile de déterminer si les accusations reposent sur le même acte.

(ii) *Le lien entre les infractions: est-il nécessaire?*

La question à examiner ensuite est de savoir si la présence d'un lien factuel suffisant est l'unique condition à remplir pour justifier l'application du principe de l'arrêt *Kienapple*. Dans son mémoire, l'avocat de Sandra Prince affirme que ce principe se rapporte aux déclarations de culpabilité multiples pour le même acte. De même, Sheppard, dans le commentaire de l'arrêt *Kienapple* qu'il a fait peu après que cet arrêt eut été rendu, propose le recours au critère de la même opération pour la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples. Certains tribunaux ont également parlé du «même acte» ou de la «même opération» qui sous-tend deux infractions, d'une manière qui pourrait laisser entendre que cela suffit pour entraîner l'application de la règle: voir, par exemple, *R. v. Boyce* (1975), 23 C.C.C. (2d) 16 (C.A. Ont.), *R. v. Allison* (1983), 33 C.R. (3d) 333 (C.A. Ont.), et *Hagenlocher* (C.A. Man.)

À mon avis, il ne suffit pas de si peu pour que s'applique l'arrêt *Kienapple*. Une fois établie l'existence d'un lien factuel suffisant entre les accusations, il reste à déterminer s'il y a un rapport suffisant entre les infractions elles-mêmes. La nécessité d'un lien juridique suffisant se dégage de l'emploi par la majorité dans l'arrêt *Kienapple* des mots «cause» «chose» ou «délit» au lieu des termes «acte» ou «opération» dans l'énoncé du principe posé dans cet arrêt. Fait encore plus éloquent, le juge Laskin a pris grand soin de tracer l'historique législatif de l'infraction de viol et de celle de rapports sexuels avec une personne du sexe féminin âgée de moins de 14 ans et a conclu que ces infractions étaient perçues comme des inculpations de remplacement dans les cas de rapports sexuels avec une personne du sexe féminin de moins de 14 ans sans son consentement. Je ne suis pas prêt à considérer l'analyse du juge Laskin sur ce point comme inutile ou sans importance quant à l'issue

whenever there was a sufficient factual nexus between the charges.

In my opinion, the weight of authority since *Kienapple* also supports the proposition that there must be sufficient nexus between the offences charged to sustain the rule against multiple convictions. In a unanimous judgment in *McKinney v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 401, delivered orally by Laskin C.J., the Court saw no reason for interfering with a decision of the Manitoba Court of Appeal reported at (1979), 46 C.C.C. (2d) 566. Although *Kienapple* was not referred to in the reasons of this Court, it had been argued in the Court of Appeal. McKinney and others were charged and convicted of hunting out of season and hunting at night with lights contrary to ss. 16(1) and 19(1), respectively, of the *Wildlife Act*, R.S.M. 1970, c. W140. Both charges arose out of the same hunting incident. O'Sullivan J.A. for the majority held that the case involved two "delicts". Monnin J.A., dissenting on another issue, said that hunting out of season and hunting with lights were two different "matters", totally separate one from the other and not alternative one to the other. The judges of the Court of Appeal all agreed that *Kienapple* was inapplicable. Thus, notwithstanding there was but a single act of hunting, there were distinct delicts, causes or matters which would sustain separate convictions.

Numerous other cases can be cited to illustrate that a single act of an accused can involve two or more delicts against society which bear little or no connection the one to the other. *R. v. Logeman* (1978), 5 C.R. (3d) 219 (B.C.C.A.) involved charges of driving while suspended and impaired driving; *R. v. Lecky* (1978), 42 C.C.C. (2d) 406 (N.S. Co. Ct.), contributing to juvenile delinquency and trafficking in a narcotic; *R. v. Earle* (1980), 24 Nfld. & P.E.I.R. 65 (Nfld. C.A.),

de l'affaire *Kienapple*, ce qui serait évidemment le cas si la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples s'appliquait chaque fois qu'il existe un lien factuel suffisant entre les accusations.

À mon avis, la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Kienapple* tend nettement à appuyer elle aussi la proposition selon laquelle il doit y avoir entre les infractions reprochées un lien suffisant pour justifier l'application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples. Dans l'arrêt unanime *McKinney c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 401, rendu oralement par le juge en chef Laskin, la Cour n'a vu aucune raison de modifier un arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, publié à (1979), 46 C.C.C. (2d) 566. Quoique l'arrêt *Kienapple* n'ait pas été mentionné dans les motifs de cette Cour, on l'avait invoqué devant la Cour d'appel. McKinney et d'autres personnes ont été accusés et déclarés coupables d'avoir chassé hors saison et d'avoir chassé la nuit en se servant de projecteurs, contrairement aux par. 16(1) et 19(1), respectivement, de la *Wildlife Act*, R.S.M. 1970, chap. W140. Les deux accusations découlaient du même incident de chasse. Le juge O'Sullivan, au nom de la cour à la majorité, a conclu que l'on était en présence de deux «délits». Le juge Monnin, dissident sur une autre question, a affirmé que la chasse hors saison et la chasse au moyen de projecteurs constituent deux «choses» différentes, tout à fait distinctes l'une de l'autre, qui ne constituent pas des infractions de remplacement l'une par rapport à l'autre. Les juges de la Cour d'appel ont tous été d'accord pour dire que l'arrêt *Kienapple* ne s'appliquait pas. Ainsi, même s'il n'y avait qu'un seul acte de chasse, il y avait des causes, des choses ou des délits distincts sur lesquels pourraient être fondées des déclarations de culpabilité distinctes.

Un bon nombre d'autres décisions peuvent être citées pour montrer qu'un seul acte de la part d'un accusé peut constituer deux délits ou plus contre la société, qui ont peu ou pas de rapport entre eux. Dans l'affaire *R. v. Logeman* (1978), 5 C.R. (3d) 219 (C.A.C.-B.), il était question d'accusations d'avoir conduit alors que le permis de conduire était suspendu et de conduite avec facultés affaiblies; dans l'affaire *R. v. Lecky* (1978), 42 C.C.C (2d) 406 (C. cté N.-É.), il était question d'incita-

breach of recognizance and possession of a narcotic; *R. v. Pinkerton* (1979), 46 C.C.C. (2d) 284 (B.C.C.A.), breach of probation and common assault; *R. v. Père Jean Grégoire de la Trinité* (1980), 60 C.C.C. (2d) 542 (Que. C.A.), contempt of court and unlawfully detaining children. Notwithstanding that a single act of the accused appears in each of these cases to have given rise to two charges, *Kienapple* was held to be inapplicable. In my view, these cases were correctly decided. If an accused is guilty of several wrongs, there is no injustice in his or her record conforming to that reality. In short, I agree with the following remarks of Lambert J.A. in *R. v. Harrison* (1978), 7 C.R. (3d) 32 (B.C.C.A.), at p. 37:

It is not sufficient to consider the charges and to ask whether conviction on one will involve conviction on another. It is not sufficient to consider the facts and to ask whether only one act is involved. The facts and the charges must be considered together and in their relationship to each other.

There must be a relationship of sufficient proximity firstly as between the facts, and secondly as between the offences, which form the basis of two or more charges for which it is sought to invoke the rule against multiple convictions.

(iii) *Is it Sufficient that the Offences Share a Common Element?*

It has frequently been suggested that the presence of a common element in the offences charged will be sufficient to attract the *Kienapple* principle. Ewaschuk, *supra*, at p. 41 of his 1975 article on the rule against multiple convictions suggests:

tion à la délinquance juvénile et de trafic d'un stupéfiant; dans l'affaire *R. v. Earle* (1980), 24 Nfld. & P.E.I.R. 65 (C.A.T.-N.), il était question de violation d'engagement et de possession d'un stupéfiant; dans l'affaire *R. v. Pinkerton* (1979), 46 C.C.C. (2d) 284 (C.A.C.-B.), il était question de manquement aux conditions d'une ordonnance de probation et de voies de fait simples; dans l'affaire *R. v. Père Jean Grégoire de la Trinité* (1980), 60 C.C.C. (2d) 542 (C.A. Qué.), il était question d'outrage au tribunal et de détention illégale d'enfants. Même si, dans chacun de ces cas, un seul acte de l'accusé semblait avoir donné lieu à deux accusations, l'arrêt *Kienapple* a été jugé inapplicable. À mon avis, ces affaires ont été tranchées correctement. Si un accusé se rend coupable de plusieurs méfaits, il n'y a rien d'injuste à ce que cette réalité se reflète dans son casier judiciaire. Bref, je suis d'accord avec les observations suivantes du juge Lambert dans l'arrêt *R. v. Harrison* (1978), 7 C.R. (3d) 32 (C.A.C.-B.), à la p. 37:

[TRADUCTION] Il ne suffit pas d'examiner les accusations et de se demander si une déclaration de culpabilité relative à l'une d'elles entraînera une déclaration de culpabilité relativement à une autre. Il ne suffit pas d'examiner les faits et de se demander si l'on se trouve en présence d'un seul acte. Les faits et les accusations doivent être examinés ensemble et en fonction des liens qui existent entre eux.

Il doit y avoir des liens suffisamment étroits tout d'abord entre les faits, et ensuite entre les infractions, qui constituent le fondement d'au moins deux accusations à l'égard desquelles on cherche à invoquer la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples.

(iii) *Suffit-il que les infractions aient un élément commun?*

On a souvent laissé entendre que la présence d'un élément commun dans les infractions reprochées suffit pour rendre applicable le principe de l'arrêt *Kienapple*. Ewaschuk, précité, à la p. 41 de son article de 1975 portant sur la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, propose ceci:

If the offences stem from the same act and have a common element or elements, then *Kienapple* should apply.

The common element test rests on the proposition or principle that an act which constitutes an element of an offence can only be used to sustain a single conviction. It is thereafter "used up" for the purposes of the criminal law. Mewett, *supra*, at pp. 383-84, explained the *Kienapple* case in this light:

> *Kienapple* is as good an illustration as any. The offence on count one embraces the *actus reus* of (i) sexual intercourse (ii) woman not his wife and (iii) no consent. On count two, it embraces (i) sexual intercourse (ii) woman not his wife and (iii) under fourteen. But two of the elements necessary under count two have become, as Laskin, J., stated, *res judicata*—they are used up, leaving, on count 2 only the third element dangling in the air. The acts (nouns) of the accused caused by his acting can only be used once—either for count one or count two but not both. Any acts not previously adjudicated remain, but, detached from the now adjudicated other acts, could not support a conviction.
>
> (Emphasis added.)

This principle against the duplication of elements appears to underlie a number of judicial decisions: see, for example, *R. v. Taylor* (1979), 48 C.C.C. (2d) 523 (Nfld. C.A.), at pp. 537-38 and *R. v. Allison*, *supra*, at pp. 339-40. But, like the "same act" test, it fails to explain a number of cases which I believe were correctly decided, such as *McKinney* and *Logeman*.

In any event, I observe that a common element test has already been considered and rejected by this Court. In *Côté v. The Queen*, *supra*, at p. 310, Fauteux C.J. wrote:

> The fact that [a thief's] possession is a common ingredient of both offences [i.e. theft and unlawful possession] is no reason to exclude or ignore what is actually the crucial factor distinguishing one from the other, and is of the essence of their respective nature.

[TRADUCTION] Si les infractions résultent du même acte et ont au moins un élément commun, l'arrêt *Kienapple* doit s'appliquer.

Le critère de l'élément commun repose sur la proposition ou le principe portant qu'un acte qui constitue un élément d'une infraction ne peut servir à étayer qu'une seule déclaration de culpabilité. Cet acte est par la suite «épuisé» aux fins du droit criminel. Voilà comment Mewett, précité, aux pp. 383 et 384, explique l'affaire *Kienapple*:

> [TRADUCTION] Comme illustration, l'affaire *Kienapple* en vaut bien une autre. L'infraction visée par le premier chef d'accusation comporte comme *actus reus* (i) des rapports sexuels (ii) avec une femme qui n'est pas son épouse et (iii) sans son consentement. Pour ce qui est du second chef d'accusation, il consiste à (i) avoir eu des rapports sexuels (ii) avec une femme qui n'est pas son épouse et (iii) qui est âgée de moins de 14 ans. Mais, deux des éléments nécessaires du second chef d'accusation sont devenus, comme l'a dit le juge Laskin, chose jugée—leur effet est épuisé, de sorte que, dans le cas du second chef d'accusation, il ne reste que le troisième élément. Les actes (noms) commis par l'accusé ne peuvent être invoqués qu'une seule fois—soit pour le premier chef d'accusation, soit pour le second, mais non pour les deux. Il reste encore tous les actes qui n'ont pas déjà fait l'objet d'une décision, mais qui, séparés d'avec les autres actes qui ont fait l'objet d'une décision, ne peuvent fonder une déclaration de culpabilité.
>
> (C'est moi qui souligne.)

Le principe qui interdit qu'un élément donné soit utilisé plus d'une fois paraît sous-tendre plusieurs décisions judiciaires: voir, par exemple, *R. v. Taylor* (1979), 48 C.C.C. (2d) 523 (C.A.T.-N.), aux pp. 537 et 538, et *R. v. Allison*, précité, aux pp. 339 et 340. Mais, tout comme le critère du «même acte», il n'explique pas un certain nombre de décisions comme *McKinney* et *Logeman*, qui, selon moi, sont fondées en droit.

De toute manière, je constate que cette Cour a déjà étudié et rejeté le critère de l'élément commun. Dans l'arrêt *Côté c. La Reine*, précité, à la p. 310, le juge en chef Fauteux écrit:

> Le fait que sa possession [celle du voleur] soit un élément commun aux deux infractions [c.-à-d. le vol et la possession illégale], ne justifie pas d'exclure de la question et d'ignorer ce qui, à la vérité, est le facteur vital qui les distingue l'une de l'autre et qui est le propre de leur nature respective.

The majority in *Côté* thus pointed in the direction of a test which focused not on the presence or absence of a common element, but on the presence or absence of additional, distinguishing elements.

Indeed, such a focus is apparent even in the *Kienapple* case. At page 755, Laskin J. specifically addressed the elements that were different in the two offences for which the Crown sought convictions:

> In the circumstances of the present case, the superadded element of age in s. 146(1) does not operate to distinguish unlawful carnal knowledge from rape. Age under fourteen is certainly material where consent to the sexual intercourse is present; but once that is ruled out, as it is in the present case, it becomes meaningless as a distinguishing feature of the offences of rape and unlawful carnal knowledge.

(Emphasis added.)

Most recently, in *Krug v. The Queen*, [1985] 2 S.C.R. 255, this Court unmistakably focused on the presence of distinguishing elements, rather than on the presence of shared elements, in assessing the applicability of *Kienapple*. Krug was charged with robbery under s. 302(*d*) and with various firearms offences including an offence under s. 83(1)(*a*). Krug submitted that the *Kienapple* principle at common law and as allegedly constitutionalized in ss. 7 and 11(*h*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* precluded convictions for the firearms offences. His arguments regarding the s. 83 conviction were rejected in a unanimous judgment, delivered by La Forest J.

La Forest J. adopted the following passage from the reasons of Martin J.A. in *R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (2d) 138 (Ont. C.A.), at p. 145:

> 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

La Cour à la majorité dans l'arrêt *Côté* a ainsi opté pour un critère fondé non pas sur la présence ou l'absence d'un élément commun, mais sur la présence ou l'absence d'éléments supplémentaires distinctifs.

En fait, ce fondement est apparent même dans l'arrêt *Kienapple*. À la page 755, le juge Laskin parle précisément des éléments qui étaient différents dans les deux infractions à l'égard desquelles la poursuite tentait d'obtenir des déclarations de culpabilité:

> Dans les circonstances de l'espèce présente, l'élément surajouté que constitue l'âge à l'art. 146, par. (1), n'a pas pour effet de distinguer les rapports sexuels illicites du viol. Un âge inférieur à quatorze ans est certainement pertinent lorsqu'il y a eu consentement aux rapports sexuels; mais dès lors que cela est éliminé, comme c'est ici le cas, l'âge perd tout son sens en tant que trait distinctif de l'infraction de viol et de rapports sexuels illicites.

(C'est moi qui souligne.)

Tout récemment, dans l'arrêt *Krug c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 255, cette Cour s'est indubitablement concentrée sur la présence d'éléments distinctifs, plutôt que sur la présence d'éléments communs, pour déterminer l'applicabilité de l'arrêt *Kienapple*. Krug a été accusé d'avoir commis un vol qualifié, contrairement à l'al. 302*d*), et différentes infractions reliées aux armes à feu, y compris celle définie à l'al. 83(1)*a*). Krug a fait valoir que le principe de l'arrêt *Kienapple*, suivant la *common law* et tel qu'il serait consacré dans la Constitution à l'art. 7 et à l'al. 11*h*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, écartait toute possibilité de le déclarer coupable des infractions reliées aux armes à feu. Ses arguments concernant la déclaration de culpabilité fondée sur l'art. 83 ont été rejetés dans un arrêt unanime rendu par le juge La Forest.

Le juge La Forest a adopté l'extrait suivant des motifs du juge Martin dans l'arrêt *R. v. Langevin* (1979), 47 C.C.C. (2d) 138 (C.A. Ont.), à la p. 145:

> [TRADUCTION] 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

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.

(Emphasis added.)

Or, as expressed by La Forest J. himself at pp. 262-63:

[The doctrine of *res judicata*] would apply to prevent conviction for both offences if the difference between the two was limited solely to the fact that 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*).

(Emphasis added.)

It has been a consistent theme in the jurisprudence from *Quon*, through *Kienapple* and *Krug* that the rule against multiple convictions in respect of the same cause, matter or delict is subject to an expression of Parliamentary intent that more than one conviction be entered when offences overlap: see, in particular, *McGuigan v. The Queen*, [1982] 1 S.C.R. 284. In *Krug*, La Forest J. was careful to explain that the presence of additional, distinguishing elements was in itself an expression of such an intent. No element which Parliament has seen fit to incorporate into an offence and which has been proven beyond a reasonable doubt ought to be omitted from the offender's accounting to society, unless that element is substantially the same as, or adequately corresponds to, an element in the other offence for which he or she has been convicted.

I conclude, therefore, that the requirement of sufficient proximity between offences will only be satisfied if there is no additional and distinguishing element that goes to guilt contained in the offence

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.

(C'est moi qui souligne.)

Ou encore, comme l'affirme le juge La Forest lui-même, aux pp. 262 et 263:

[Le principe de l'autorité de la chose jugée] s'appliquerait de manière à empêcher qu'on 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*).

(C'est moi qui souligne.)

Un thème qui revient constamment dans la jurisprudence depuis l'arrêt *Quon*, en passant par l'arrêt *Kienapple* et l'arrêt *Krug*, est que la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples à l'égard de la même cause, de la même chose ou du même délit ne joue pas si le Parlement exprime l'intention d'exiger plus d'une déclaration de culpabilité lorsque des infractions chevauchent: voir, en particulier, l'arrêt *McGuigan c. La Reine*, [1982] 1 R.C.S. 284. Dans l'arrêt *Krug*, le juge La Forest a pris soin d'expliquer que la présence d'éléments supplémentaires distinctifs constituait elle-même l'expression d'une telle intention. Aucun élément que le Parlement a jugé bon d'inclure dans une infraction et dont l'existence a été prouvée hors de tout doute raisonnable ne doit être omis quand le contrevenant est appelé à rendre compte de ses actes à la société, à moins que cet élément ne soit essentiellement identique ou ne corresponde suffisamment à un élément de l'autre infraction dont il a été reconnu coupable.

Je conclus donc qu'on ne satisfait à l'exigence d'un lien suffisamment étroit entre les infractions que si l'infraction à l'égard de laquelle on tente d'éviter une déclaration de culpabilité en invo-

for which a conviction is sought to be precluded by the *Kienapple* principle.

There is, however, a corollary to this conclusion. Where the offences are of unequal gravity, *Kienapple* may bar a conviction for a lesser offence, notwithstanding that there are additional elements in the greater offence for which a conviction has been registered, provided that there are no distinct additional elements in the lesser offence. For example, in *R. v. Loyer*, [1978] 2 S.C.R. 631, *Kienapple* was applied to bar convictions for possession of a weapon for the purpose of committing an offence when convictions were entered for the more serious offence of attempted armed robbery by use of a knife. Although the robbery charges contained the element of theft which distinguished them from the weapons charges, there were no elements in the weapons charges which were additional to or distinct from those in the robbery charges. Accordingly, it was appropriate for the Court to apply *Kienapple* to bar convictions on the lesser weapons charges rather than on the robbery charges.

(iv) *When is an Element of an Offence not Additional or Distinct?*

I now turn briefly to the question of when an element of an offence sufficiently corresponds to another element so that it cannot be regarded as additional or distinct. When can it be said that elements are "substantially the same" or "alternative" the one to the other? This is a question which defies precise answers. Differences of degree are often important and, as La Forest J. has pointed out, abstract logic must be supplemented by an awareness of practical considerations in ascertaining Parliament's intention in creating different offences: *Krug*, *supra*, p. 269. Without purporting to be exhaustive, I believe that there are at least three ways in which sufficient correspondence be-

quant le principe de l'arrêt *Kienapple* ne comporte pas d'éléments supplémentaires et distinctifs qui touchent à la culpabilité.

Il y a toutefois un corollaire à cette conclusion. Dans le cas où les infractions sont de gravité inégale, l'arrêt *Kienapple* peut s'appliquer de manière à empêcher une déclaration de culpabilité relativement à une infraction moindre, même si l'infraction plus grave à l'égard de laquelle une déclaration de culpabilité a été inscrite comporte des éléments supplémentaires, pourvu toujours que l'infraction moindre ne compte pas d'éléments supplémentaires distincts. Par exemple, dans l'affaire *R. c. Loyer*, [1978] 2 R.C.S. 631, l'arrêt *Kienapple* a été appliqué de manière à empêcher des déclarations de culpabilité de possession d'une arme en vue de commettre une infraction dans le cas où des déclarations de culpabilité avaient été inscrites relativement à l'infraction plus grave de tentative de commettre un vol qualifié en se servant d'un couteau. Même si les accusations de vol qualifié contenaient l'élément de vol qui les distinguait des accusations relatives aux armes, ces dernières ne comportaient pas d'éléments qui venaient s'ajouter à ceux contenus dans les accusations de vol qualifié ou qui étaient distincts de ceux-ci. Il convenait donc que la Cour applique l'arrêt *Kienapple* de manière à empêcher des déclarations de culpabilité relativement aux infractions moindres reliées aux armes plutôt que relativement aux accusations de vol qualifié.

(iv) *Quand un élément d'une infraction n'est-il pas supplémentaire ou distinct?*

Maintenant, j'aborde brièvement la question de savoir quand un élément d'une infraction correspond à un autre élément au point de ne pouvoir être considéré comme supplémentaire ou distinct. Quand peut-on dire que des éléments sont «fondamentalement les mêmes» ou qu'ils offrent un «choix» l'un par rapport à l'autre? Voilà une question qui n'admet pas de réponse précise. Les différences de degré sont souvent importantes et, comme l'a fait remarquer le juge La Forest, la logique abstraite doit être assortie d'une connaissance des considérations d'ordre pratique lorsqu'on vérifie l'intention qu'avait le législateur en créant différentes infractions: *Krug*, précité, à la p. 269.

tween elements can be found, each of which is subject always to the manifestation of a legislative intent to increase punishment in the event that two or more offences overlap.

First, an element may be a particularization of another element. In *Krug*, the Court was called upon to consider not only the relationship between s. 83(1)(*a*) and s. 302(*d*), as described above, but also the relationship between s. 83(1)(*a*) and s. 84. Section 84 made it an offence to point a firearm at a person. Section 83(1)(*a*), it will be recalled, made it an offence to use a firearm while committing an indictable offence. The trial judge had characterized the element of "pointing at a person" as an ingredient additional to "use". This Court disagreed, saying, "It is obvious that pointing a gun is a manner of using it" (p. 268). Accordingly, the Court referred to pointing as a particularization of use. Under the circumstances, it was difficult to believe that Parliament intended "automatically to make the same objectionable behaviour the subject of two separate offences" (p. 270).

In general, the particularization in one offence of an element of another offence should not be regarded as a distinguishing feature that renders *Kienapple* inapplicable. Parliament may create offences of varying degrees of generality, with the objective (*vis-à-vis* the more general offence) of ensuring that criminal conduct will not escape punishment because of a failure of the drafters to think of each individual circumstance in which the conduct might be committed, or with the objective (*vis-à-vis* the more specific offence) of addressing with certainty particular conduct in particular circumstances. In the absence of some indication of Parliamentary intent that there should be multiple convictions or added punishment in the event of an overlap, the particularization of an element ought

Sans prétendre en dresser une liste exhaustive, je crois qu'il y a au moins trois façons d'établir l'existence d'une correspondance suffisante entre des éléments, dont chacune demeure toujours assujettie à la manifestation de l'intention du législateur d'imposer une peine plus sévère dans le cas où il y a chevauchement de deux ou plusieurs infractions.

Premièrement, un élément peut constituer une manifestation particulière d'un autre élément. Dans l'affaire *Krug*, la Cour était appelée à étudier non seulement le rapport entre l'al. 83(1)*a*) et l'al. 302*d*), décrit précédemment, mais aussi le rapport entre l'al. 83(1)*a*) et l'art. 84. L'article 84 crée l'infraction qui consiste à braquer une arme à feu sur une personne. Suivant l'al. 83(1)*a*), rappelons-le, commet une infraction quiconque utilise une arme à feu lors de la perpétration d'un acte criminel. Le juge du procès a qualifié l'élément qui consiste à «braquer une arme à feu sur une personne» d'élément qui vient s'ajouter à l'«usage». Cette Cour a manifesté son désaccord en affirmant: «Il est évident que braquer un fusil est une façon de l'utiliser» (p. 268). En conséquence, la Cour a décrit le fait de braquer une arme à feu sur une autre personne comme une façon particulière de l'utiliser. Dans les circonstances, on pouvait difficilement croire que le législateur a voulu que «la même conduite répréhensible fasse automatiquement l'objet de deux infractions distinctes» (p. 270).

En général, on ne doit pas considérer la mention particulière dans l'énoncé d'une infraction d'un élément constitutif d'une autre infraction comme un trait distinctif qui rend inapplicable l'arrêt *Kienapple*. Le Parlement peut créer des infractions de différents degrés de généralité, dans le but (en ce qui concerne l'infraction plus générale) d'assurer qu'une conduite criminelle n'échappe pas à toute sanction pour le motif que les rédacteurs de la loi n'ont pas envisagé chacune des situations dans lesquelles cette conduite peut se présenter, ou dans le but (en ce qui concerne l'infraction plus précise) de viser avec certitude une conduite particulière dans des circonstances particulières. En l'absence d'une indication quelconque que le législateur a voulu qu'il y ait des déclarations de culpa-

not to be taken as a sufficient distinction to preclude the operation of the *Kienapple* principle.

A second way in which elements may correspond relates to there being more than one method, embodied in more than one offence, to prove a single delict. In *R. v. Gushue* (1976), 32 C.C.C. (2d) 189 (Ont. C.A.), affirmed on other grounds, [1980] 1 S.C.R. 798, the accused was charged under s. 124 with giving evidence in a judicial proceeding that was contrary to his own previous evidence. He was also charged with perjury contrary to s. 121. The Court reached the conclusion that convictions under both offences would have infringed the *Kienapple* principle. I agree. Although s. 121 and s. 124 have different elements, the difference is clearly not a reflection of any Parliamentary intent to add extra punishment when both offences can be proven. Section 124 is designed merely to facilitate proof of false evidence having been given, notwithstanding that no one particular statement can be proven false. Parliament has merely succumbed to the imperatives of logic: if two contradictory statements are given, one of them must be false and the delict of giving false evidence must have been committed on one of the two occasions.

The third situation in which there is sufficient correspondence between elements to sustain the *Kienapple* principle is somewhat similar. It arises when Parliament in effect deems a particular element to be satisfied by proof of a different nature, not necessarily because logic compels that conclusion, but because of social policy or inherent difficulties of proof. The *Kienapple* case itself affords one example. There, as we have seen, the element of the victim's age served as a substitute for the element of non-consent. A girl of less than fourteen years of age could not in Parliament's opinion meaningfully consent to sexual intercourse. Another example is provided by *Terlecki v. The*

bilité multiples ou une peine supplémentaire en cas de chevauchement, la mention particulière d'un élément donné ne doit pas être considérée comme une distinction suffisante pour empêcher l'application du principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple*.

Une seconde façon dont des éléments peuvent correspondre tient à l'existence de plus d'une méthode, comprise dans plus d'une infraction, d'établir un seul délit. Dans l'arrêt *R. v. Gushue* (1976), 32 C.C.C (2d) 189 (C.A. Ont.), confirmé pour d'autres motifs, [1980] 1 R.C.S. 798, l'accusé avait été inculpé en vertu de l'art. 124 d'avoir donné au cours de procédures judiciaires un témoignage contraire à sa propre déposition antérieure. On l'accusait en outre d'avoir commis un parjure contrairement à l'art. 121. La Cour est arrivée à la conclusion que ce serait faire une entorse au principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple* que de rendre des verdicts de culpabilité relativement aux deux infractions. Je suis d'accord avec cela. Bien que les art. 121 et 124 comportent des éléments différents, cette différence ne traduit manifestement pas une intention du législateur d'ajouter une peine supplémentaire chaque fois qu'il est possible de prouver la perpétration des deux infractions. L'article 124 a simplement pour objet de faciliter la preuve d'un faux témoignage, même s'il est impossible d'établir la fausseté d'une déclaration en particulier. Le Parlement s'est simplement rendu aux impératifs de la logique: si deux déclarations contradictoires ont été faites, l'une d'elles doit être fausse et le délit qui consiste à rendre un faux témoignage doit avoir été commis à l'une des deux occasions.

La troisième situation dans laquelle il existe entre des éléments une correspondance suffisante pour justifier l'application du principe de l'arrêt *Kienapple* est quelque peu semblable. Elle se présente lorsque le Parlement prévoit en fait que l'existence d'un élément donné est réputée être établie au moyen d'une autre sorte de preuve, non pas nécessairement parce que la logique commande cette conclusion, mais parce que des considérations de politique sociale ou des difficultés qui se rattachent à la preuve l'imposent. L'affaire *Kienapple* en est elle-même un exemple. Dans cette affaire, comme nous l'avons vu, l'élément de l'âge de la victime a servi de remplacement à

Queen, [1985] 2 S.C.R. 483. Although the case largely dealt with a procedural issue, the Court's decision was predicated on the applicability of *Kienapple* as between the offences of impaired driving contrary to s. 234 and "over 80" contrary to s. 236. Impairment is inherently difficult to prove, and Parliament has deemed a certain proportion of alcohol in one's blood to constitute an impairment of driving ability. The differences between the elements of these offences are explained by an attempt to facilitate the apprehension by the police or the conviction by the courts of persons who are guilty of essentially the same wrongful conduct: see Leonoff and Deutscher, *supra*, at p. 261. I believe that elements which serve only as an evidentiary proxy for another element cannot be regarded as distinct or additional elements for the purposes of the rule against multiple convictions.

I emphasize that in applying the above criteria it is important not to carry logic so far as to frustrate the intent of Parliament or as to lose sight of the overarching question whether the same cause, matter or delict underlies both charges. For example, there exist offences aimed at a particular evil which (in certain circumstances) contain as an element the commission of some other offence directed toward an entirely different wrong. Such was the relationship between the offences in *Lecky*, *Earle*, *Pinkerton* and *Père Jean Grégoire*. In these cases, it could be argued, a substantive offence was subsumed by a greater, generic offence: Klinck, *supra*, at pp. 301-02. To illustrate, the offence of breach of probation contains as an element the non-compliance with a probation order which, as a matter of law, requires the accused to keep the peace and be of good behaviour: s. 663(2). The fact that breach of probation is an offence punishable by summary conviction

l'élément de l'absence de consentement. De l'avis du législateur, une jeune fille de moins de quatorze ans ne pouvait pas réellement consentir à des rapports sexuels. Un autre exemple se dégage de l'affaire *Terlecki c. La Reine*, [1985] 2 R.C.S. 483. Bien que le litige ait porté principalement sur une question de procédure, la Cour a fondé sa décision sur l'applicabilité de l'arrêt *Kienapple* aux infractions de conduite avec facultés affaiblies contrairement à l'art. 234 et de conduite avec un taux d'alcoolémie «supérieur à 80 mg» contrairement à l'art. 236. Or, l'affaiblissement des facultés est quelque chose de difficile à prouver en soi et le Parlement a établi une présomption selon laquelle la présence d'une certaine concentration d'alcool dans le sang cause une diminution de la capacité de conduire. Les différences entre les éléments constitutifs de ces infractions s'expliquent par une tentative de faciliter l'arrestation par la police, ou la condamnation par les tribunaux, des personnes qui se rendent coupables essentiellement de la même conduite illégale: voir Leonoff et Deutscher, précité, à la p. 304. J'estime que des éléments qui servent uniquement à remplacer un autre élément en matière de preuve ne sauraient être considérés comme distincts ou supplémentaires aux fins de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples.

J'insiste sur le fait qu'en appliquant les critères susmentionnés il importe de se garder de pousser la logique au point de contrecarrer l'intention du législateur ou de perdre de vue la question clé de savoir si les deux accusations sont fondées sur la même cause, la même chose ou le même délit. Par exemple, il existe des infractions visant à réprimer un mal particulier, qui (dans certaines circonstances) comportent comme élément la perpétration d'une autre infraction créée en vue de réprimer un mal tout à fait différent. Tel était le rapport entre les infractions dont il était question dans les affaires *Lecky*, *Earle*, *Pinkerton* et *Père Jean Grégoire*. On pourrait prétendre que dans ces affaires une infraction matérielle précise était subsumée sous une infraction générique de portée plus large: Klinck, précité, aux pp. 301 et 302. Par exemple, l'infraction de manquement aux conditions d'une ordonnance de probation contient comme élément le non-respect d'une ordonnance de probation qui,

(s. 666(1)) is a clear indication that Parliament cannot have intended a conviction for that offence to operate as a bar to a conviction for the substantive offence (which might attract a far more severe penalty) merely because the substantive offence might be regarded as a particularization of a failure to keep the peace and be of good behaviour. Plainly, breach of probation is an offence designed to protect the effective operation of the criminal justice system, a societal interest which is entirely different from that protected by an offence such as assault. Accordingly, *Kienapple* had no application in those four cases.

de par la loi, exige que l'accusé s'abstienne de troubler l'ordre public et qu'il ait une bonne conduite: par. 663(2). Le fait que le manquement aux conditions d'une ordonnance de probation constitue une infraction punissable sur déclaration sommaire de culpabilité (par. 666(1)) indique clairement que le Parlement n'a pas pu vouloir qu'une déclaration de culpabilité prononcée relativement à cette infraction ait pour effet d'empêcher une déclaration de culpabilité d'avoir commis l'infraction matérielle précise (laquelle risque d'entraîner une peine bien plus sévère) simplement parce que cette dernière infraction pourrait être considérée comme une manifestation particulière du fait d'avoir troublé l'ordre public et de ne pas avoir eu une bonne conduite. Manifestement, le manquement aux conditions d'une ordonnance de probation est une infraction destinée à assurer le fonctionnement efficace du système de justice criminelle et il s'agit-là d'un intérêt public complètement différent de celui protégé par une infraction comme les voies de fait. En conséquence, l'arrêt *Kienapple* ne s'appliquait pas dans ces quatre affaires.

V

Applicability of the *Kienapple* Principle in the Present Case

As has been noted above, the respondent Sandra Prince has been convicted of causing bodily harm to Bernice Daniels. She has been charged with a second offence, namely, the manslaughter of Daniels' child, arising out of the same act of stabbing. I should, perhaps, explain that no question arises regarding the viability of a manslaughter charge founded on an act prior to the victim's birth. Section 206(2) reads as follows:

206. ...

(2) A person commits homicide when he causes injury to a child before or during its birth as a result of which the child dies after becoming a human being.

The only issue before the Court, therefore, is the applicability of *Kienapple*.

V

L'applicabilité en l'espèce du principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple*

Comme nous l'avons déjà vu, l'intimée Sandra Prince a été reconnue coupable d'avoir causé des lésions corporelles à Bernice Daniels. Elle a été accusée d'une seconde infraction, celle d'homicide involontaire coupable perpétré contre l'enfant de Daniels, résultant du même acte, savoir le coup de couteau. Je devrais peut-être préciser qu'il n'y a pas de doute quant à la possibilité de fonder une accusation d'homicide involontaire coupable sur un acte commis avant la naissance de la victime. Le paragraphe 206(2) porte:

206. ...

(2) Commet un homicide, quiconque cause à un enfant, avant ou pendant sa naissance, des blessures qui entraînent sa mort après qu'il est devenu un être humain.

La seule question dont la Cour se trouve saisie est donc celle de l'applicabilité de l'arrêt *Kienapple*.

I have no hesitation in concluding that the requirement of a sufficient factual nexus is satisfied in the present appeal. A single act of the accused grounds both charges. It is true that the stabbing produced two separate consequences, the injury to Bernice Daniels and the death of the child. But such matters as the consequences of an act, the circumstances in which it was committed, or the status of the victim are most appropriately considered in the analysis of the legal nexus requirement. For it is only when consequences, circumstances, or status are incorporated into elements of an offence that they are relevant.

Is there sufficient correspondence between the elements of the two offences to sustain the operation of the rule against multiple convictions? One offence contains as an essential ingredient the causing of bodily harm to Bernice Daniels. The other offence requires proof of the death of Daniels' child. I cannot see how either of these elements can be subsumed into the other. There is no sense in which it can be said that one is a particularization of the other or is designed to facilitate proof of the other.

The respondent relies heavily on the *Hagenlocher* case. The accused in *Hagenlocher* was charged with manslaughter and with wilfully setting fire to a substance which was likely to cause a building to catch fire contrary to s. 390. He had poured some vodka on a hotel bed and set fire to it. The fire spread through the hotel, causing the death of one person by asphyxiation and extensive property damage. On the facts it is evident that the manslaughter charge was grounded in s. 205(5)(*a*), which reads:

205. ...

(5) A person commits culpable homicide when he causes the death of a human being,

(*a*) by means of an unlawful act

Je conclus sans aucune hésitation que l'on a satisfait en l'espèce à l'exigence d'un lien factuel suffisant. L'une et l'autre accusations sont fondées sur un seul acte de l'accusée. Il est vrai que le coup de couteau a eu deux conséquences distinctes, les lésions subies par Bernice Daniels et le décès de l'enfant. Mais des points tels que les conséquences d'un acte, les circonstances dans lesquelles il a été commis ou le statut de la victime doivent de préférence être étudiés dans le cadre de l'analyse de l'exigence d'un lien juridique. En effet, ce n'est que lorsque les conséquences, les circonstances ou le statut de la victime sont intégrées dans les éléments d'une infraction qu'elles deviennent pertinentes.

Y a-t-il entre les éléments des deux infractions une correspondance suffisante pour justifier l'application de la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples? L'une des infractions comporte comme élément essentiel le fait d'avoir causé des lésions corporelles à Bernice Daniels. L'autre exige la preuve du décès de l'enfant de cette dernière. Je ne puis voir comment l'un ou l'autre de ces éléments puisse être subsumé sous l'autre. Il n'y a aucun sens dans lequel on peut affirmer que l'un constitue une manifestation particulière de l'autre ou est destiné à faciliter la preuve de l'autre.

L'intimée s'appuie fortement sur l'arrêt *Hagenlocher*. L'accusé dans l'affaire *Hagenlocher* était inculpé d'homicide involontaire coupable et d'avoir enfreint l'art. 390 en mettant volontairement le feu à une substance susceptible de faire prendre feu à un édifice. Il avait versé de la vodka sur un lit d'hôtel et y avait mis le feu. L'incendie s'est propagé dans l'hôtel, provoquant la mort d'une personne par asphyxie et causant des dommages matériels considérables. D'après les faits, il est évident que l'accusation d'homicide involontaire coupable reposait sur l'al. 205(5)*a*), dont voici le texte:

205. ...

(5) Une personne commet un homicide coupable lorsqu'elle cause la mort d'un être humain,

a) au moyen d'un acte illégal

The unlawful act was the wilful setting fire to a substance. Assuming that *Hagenlocher* was correctly decided, in my view the result can only be justified if it is regarded as a case in which all the elements of the s. 390 offence were incorporated into a greater offence. The manslaughter charge consisted of (i) an unlawful act, particularized as the setting of a fire likely to cause a building to burn, and (ii) a consequence of that act, that is, the death of a person. No elements of the s. 390 offence remained to sustain a second conviction. If this Court adopted reasons inconsistent with those I have just outlined, then I believe the Court erred. But, in my opinion, this Court's approval of the reasoning below was restricted to the conclusion that *Kienapple* applied in that case. I should add that to treat the arson offence as a particularization of the "unlawful act" requirement in s. 205 is, at best, at the very outer edges of the *Kienapple* principle. However, the Court has not been asked to reconsider the correctness of *Hagenlocher* in the present appeal, and I refrain from doing so.

L'acte illégal consistait à avoir volontairement mis le feu à une substance. À supposer que l'affaire *Hogenlocher* ait été tranchée correctement, j'estime que l'issue ne peut être justifiée que si cette affaire est considérée comme un cas où tous les éléments de l'infraction visée par l'art. 390 étaient incorporés dans une infraction plus grave. L'accusation d'homicide involontaire coupable comportait (i) un acte illégal, savoir le fait d'avoir mis le feu d'une manière susceptible de faire prendre feu à un édifice, et (ii) une conséquence de cet acte, c'est-à-dire le décès d'une personne. Il ne restait donc aucun élément de l'infraction prévue par l'art. 390 qui pouvait justifier une seconde déclaration de culpabilité. Si cette Cour a adopté des motifs incompatibles avec ceux que je viens d'exposer, alors je crois qu'elle a commis une erreur. Mais, à mon avis, l'approbation par cette Cour du raisonnement de la Cour d'appel se limitait à la conclusion que l'arrêt *Kienapple* s'appliquait à cette affaire. Je dois ajouter qu'en traitant le crime d'incendie comme une manifestation particulière de l'exigence d'un «acte illégal» posée par l'art. 205, on touche, dans la meilleure des hypothèses, aux confins mêmes du principe énoncé dans l'arrêt *Kienapple*. Dans le présent pourvoi cependant, on n'a pas demandé à la Cour d'examiner la justesse de l'arrêt *Hagenlocher* et je m'abstiens de le faire.

Even if the manslaughter charge in the case at bar is seen to be framed under s. 205(5)(*a*) rather than s. 206 the distinction between the present case and *Hagenlocher* is readily apparent. The lesser offence in *Hagenlocher* proscribed only an unlawful act, the setting of a fire. The lesser offence in the present case, on the contrary, also proscribes particular consequences which lie at the heart of that offence.

Même si l'accusation d'homicide involontaire coupable en l'espèce est considérée comme fondée sur l'al. 205(5)*a*) plutôt que sur l'art. 206, la différence entre la présente affaire et l'affaire *Hagenlocher* est bien évidente. L'infraction moindre dans l'affaire *Hagenlocher* ne proscrivait qu'un acte illégal, celui consistant à mettre le feu. Dans la présente affaire, par contre, l'infraction moindre proscrit aussi les conséquences particulières qui se situent au coeur de cette infraction.

Although the above analysis suffices to dispose of this appeal, I wish to underline that the conclusion I have reached reflects the importance which the drafters of the *Code* have attached to criminal conduct that results in bodily injury or death of the victim or victims. Many of the provisions of the *Criminal Code*, particularly those in respect of crimes of violence, contain an escalation of penalties for acts of the accused that result in graver

Bien que l'analyse qui précède suffise pour trancher le pourvoi, je tiens à souligner que la conclusion à laquelle je suis arrivé reflète l'importance que les rédacteurs du *Code* ont attachée à la conduite criminelle qui entraîne chez la victime ou les victimes des lésions corporelles ou la mort. Un bon nombre de dispositions du *Code criminel*, notamment celles relatives aux crimes violents, prévoient des peines plus sévères pour les actes

consequences than otherwise identical conduct. Parliament's concern for the physical safety of the public would be frustrated by holding that either of the respective elements of bodily injury to Bernice Daniels or the death of the child were (to use the words of Laskin J. in *Kienapple*) "meaningless as a distinguishing feature".

It is, moreover, of some interest to the present case that the majority judgment in *Kienapple* at p. 750 referred to the death of a victim of violent crime as a "new relevant element". It is clear from this reference that the consequence of a wrongful act of an accused is an "element" which is capable of distinguishing two convictions in respect of a single unlawful act by an accused.

Also of particular relevance to the present appeal is a passage at pp. 744-45 in which Laskin J. referred to his conclusion in *Kienapple* in the following terms:

> The rationale of my conclusion that the charges must be treated as alternative if there is a verdict of guilty of rape on the first count, that there should not be multiple convictions for the same delict against the same girl, has a long history in the common law.

(Emphasis added.)

It would appear from this passage that, at least in so far as crimes of personal violence are concerned, the rule against multiple convictions is inapplicable when the convictions relate to different victims. Indeed, I believe it was never within the contemplation of the majority in *Kienapple* that the rule enunciated therein would preclude two convictions for offences respectively containing as elements the injury or death of two different persons.

Society, through the criminal law, requires Prince to answer for both the injury to Bernice Daniels and the death of the child, just as it would

dont les conséquences sont plus graves que celles qui résultent d'une conduite par ailleurs identique. Le souci du législateur d'assurer la sécurité physique du public serait contrecarré si l'on concluait que l'un ou l'autre des éléments que sont les lésions corporelles infligées à Bernice Daniels et le décès de l'enfant a perdu (pour reprendre les termes du juge Laskin dans l'arrêt *Kienapple*) «tout son sens en tant que trait distinctif».

De plus, il n'est pas sans intérêt dans la présente affaire que les motifs de la Cour à la majorité, à la p. 750 de l'affaire *Kienapple*, qualifient de «nouvel élément pertinent» le décès de la victime d'un crime violent. Cela révèle clairement que la conséquence de l'acte illégal commis par un accusé constitue un «élément» susceptible de justifier deux déclarations de culpabilité relativement à un seul acte illégal de cet accusé.

On trouve également aux pp. 744 et 745 de l'arrêt *Kienapple* un passage qui revêt une importance particulière dans le présent pourvoi. Dans ce passage, le juge Laskin parle ainsi de la conclusion qu'il tire dans cet arrêt:

> Ce qui motive ma conclusion que les inculpations doivent être traitées comme offrant un choix si un verdict de culpabilité de viol est rendu sur le premier chef, qu'il ne doit pas y avoir de déclarations de culpabilité multiples pour le même délit perpétré contre la même adolescente, remonte loin dans l'histoire de la *common law*.

(C'est moi qui souligne.)

Il paraît se dégager de ce passage que, du moins en ce qui concerne les crimes violents contre des personnes, la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples ne s'applique pas lorsque les déclarations de culpabilité se rapportent à des victimes différentes. En fait, je crois que la Cour à la majorité dans l'arrêt *Kienapple* n'a jamais voulu que la règle énoncée dans cet arrêt rende impossible deux déclarations de culpabilité pour des infractions comportant respectivement comme éléments des lésions infligées à deux personnes différentes ou le décès de deux personnes différentes.

La société, par le moyen du droit criminel, exige que Prince rende compte à la fois des lésions infligées à Bernice Daniels et du décès de l'enfant,

require a person who threw a bomb into a crowded space to answer for the multiple injuries and deaths that might result, and just as it compels a criminally negligent driver to answer for each person injured or killed as a result of his or her driving: see *R. v. Birmingham and Taylor* (1976), 34 C.C.C. (2d) 386 (Ont. C.A.)

de la même manière qu'elle exigerait qu'une personne qui lancerait une bombe dans un lieu rempli de monde rende compte des blessures et des décès multiples qui pourraient résulter, et de la même manière qu'elle oblige un conducteur d'automobile qui fait preuve de négligence criminelle à répondre pour chaque personne blessée ou tuée par suite de sa conduite de l'automobile: voir l'arrêt *R. v. Birmingham and Taylor* (1976), 34 C.C.C. (2d) 386 (C.A. Ont.)

I have undertaken the analysis of the present case as though the respondent were seeking to bar a conviction on the lesser offence of causing bodily harm to Bernice Daniels. In fact, she seeks to bar a conviction on the more serious charge of manslaughter, having already been convicted of causing bodily harm. The Crown elected to proceed by way of successive trials rather than seek joinder. Although I do not suggest that the Crown did so in an effort to avoid the rule against multiple convictions, it is perhaps worth emphasizing that the *Kienapple* principle cannot be avoided by the simple expedient of proceeding in this fashion. Had I reached a different conclusion on the principal issue in this appeal, it would accordingly have been necessary to consider whether a trial on the more serious charge would have been entirely precluded, or whether, by analogy to cases such as *Loyer* and *Terlecki*, the trial should have been undertaken on the understanding that a stay would be entered on the lesser offence in the event of a conviction on the more serious offence. However, since I have concluded that *Kienapple* has no application to the offences charged, I need not address that issue.

Dans mon analyse de la présente affaire, j'ai fait comme si l'intimée cherchait à éviter une déclaration de culpabilité relativement à l'infraction moindre consistant à avoir causé des lésions corporelles à Bernice Daniels. En réalité, elle cherche à empêcher une déclaration de culpabilité relativement à l'accusation plus grave d'homicide involontaire coupable, car elle a déjà été reconnue coupable d'avoir causé des lésions corporelles. La poursuite a choisi de procéder par voie de procès successifs plutôt que de demander la réunion des causes. Bien que je ne laisse pas entendre que, ce faisant, la poursuite a tenté de contourner la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples, il vaut peut-être la peine de souligner qu'on ne saurait par cette simple façon de procéder échapper à l'application du principe de l'arrêt *Kienapple*. Donc, si j'avais conclu différemment sur la question principale posée dans ce pourvoi, il aurait été nécessaire d'examiner si la tenue d'un procès portant sur l'accusation plus grave aurait été entièrement exclue, ou si, par analogie avec des affaires comme *Loyer* et *Terlecki*, il aurait dû y avoir un procès, à la condition qu'une suspension d'instance fût inscrite relativement à l'infraction moindre si jamais une déclaration de culpabilité était prononcée au sujet de l'infraction plus grave. Toutefois, étant donné que j'ai conclu que l'arrêt *Kienapple* ne s'applique pas aux infractions reprochées en l'espèce, il ne m'est pas nécessaire d'aborder cette question.

Although it was not argued in this Court, I wish to add that in my view it is normally appropriate for a superior court to decline to grant a prerogative remedy on an interlocutory application in respect of the rule against multiple convictions. That rule has proved to be a fertile source of

Quoique ce point n'ait pas été soulevé en cette Cour, je tiens à ajouter que, selon moi, il convient normalement qu'une cour supérieure refuse de faire droit à une demande interlocutoire de bref de prérogative lorsque c'est la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples qui est en

appeals. The delay engendered by an erroneous application of the *Kienapple* principle prior to the conclusion of the trial is regrettably illustrated by the present case. Prerogative remedies are discretionary, and notwithstanding the possibility of jurisdictional error in some cases, it would generally be preferable for superior courts to decline to consider the merits of a *Kienapple* argument on an interlocutory application.

I would allow the appeal, reverse the decision of the Manitoba Court of Appeal granting a writ of *certiorari* and an order quashing the indictment, and remit the matter for trial on the manslaughter indictment.

Appeal allowed.

Solicitor for the appellant: The Department of the Attorney General, Winnipeg.

Solicitors for the respondent: Nozick, Sinder & Associates, Winnipeg.

cause. Cette règle est à l'origine de nombreux appels. La présente affaire offre malheureusement un exemple des retards qui peuvent résulter d'une application erronée du principe de l'arrêt *Kienapple* avant la fin du procès. Les brefs de prérogative relèvent de l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire et, nonobstant la possibilité d'une erreur de compétence dans certains cas, il serait généralement préférable que les cours supérieures refusent d'examiner le bien-fondé de l'argument de l'arrêt *Kienapple* invoqué dans le cadre d'une demande interlocutoire.

Je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba qui a accordé un bref de *certiorari* et une ordonnance portant annulation de l'acte d'accusation, et de renvoyer l'affaire pour qu'un procès soit tenu relativement à l'accusation d'homicide involontaire coupable.

Pourvoi accueilli.

Procureur de l'appelante: Le ministère du Procureur général, Winnipeg.

Procureurs de l'intimée: Nozick, Sinder & Associates, Winnipeg.

Ensite Limited *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: ENSITE LTD. *v.* R.

File No.: 18005.

1986: May 21; 1986: November 6.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Calculation of "foreign investment income" for purposes of "dividend refund" — Foreign currency required by Philippine law for establishment of plant there — Elaborate plan to avoid peso devaluation and possibility of currency controls — Plan involving U.S. dollar deposits in the Philippines - Interest from these deposits included in calculation of "foreign investment income" — Whether interest foreign investment income or income from property used in course of carrying on business — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 89(1), 125, 125.1, 129(1), (4).

Appellant, which had to finance its plant in the Philippines with foreign currency in order to comply with Philippine law, became involved in an elaborate arrangement to minimize the risks of devaluation and currency controls. Appellant made U.S. dollar deposits with the commercial banks, which then made the peso loans in an equivalent amount to appellant at its Philippine branch and in return received certificates of deposit for the U.S. dollar deposits which were then used to secure the peso loans. The certificates were "enforceable" against any branch of the commercial banks outside the United States. The pesos were obtained in exchange for U.S. dollars by the commercial banks from the Central Bank of the Philippines under agreements guaranteeing the rate of exchange of any conversion back to U.S. dollars.

In 1976, appellant claimed a "dividend refund" under s. 129(1)(*a*). The tax scheme contemplated that an increase in a corporation's "foreign investment income" might result in an increase in its "dividend refund". Appellant included the interest from its U.S. dollar

Ensite Limited *Appelante*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: ENSITE LTD. *c.* R.

N° du greffe: 18005.

1986: 21 mai; 1986: 6 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Calcul du «revenu de placements à l'étranger» aux fins de l'obtention du «remboursement au titre de dividendes» — Devises étrangères requises par la loi des Philippines pour établir une usine dans ce pays — Plan complexe visant à parer à l'éventualité de la dévaluation du peso et à la possibilité du contrôle des devises — Plan nécessitant le dépôt de dollars américains aux Philippines — Intérêts provenant de ces dépôts inclus dans le calcul du «revenu de placements à l'étranger» — Les intérêts constituent-ils un revenu de placements à l'étranger ou un revenu tiré d'un bien dont on a eu l'usage aux fins de son entreprise? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 89(1), 125, 125.1, 129(1), (4).

L'appelante, qui a dû financer son usine aux Philippines au moyen de devises étrangères afin de se conformer à la loi des Philippines, a participé à un plan complexe visant à réduire au minimum les risques de dévaluation et de contrôle des devises. L'appelante a déposé des dollars américains dans des banques commerciales qui ont alors prêté le montant correspondant en pesos à sa succursale aux Philippines. Pour ses dépôts en dollars américains l'appelante a reçu des certificats de dépôt qu'elle a utilisés pour garantir les emprunts en pesos. Les certificats étaient «exécutoires» contre toute succursale des banques commerciales à l'extérieur des États-Unis. Les banques commerciales obtenaient les pesos de la banque centrale des Philippines en échange des dollars américains, le tout conformément à des accords garantissant le taux de change qui s'appliquerait à toute conversion en dollars américains.

En 1976, l'appelante a réclamé un «remboursement au titre de dividendes» en vertu de l'al. 129(1)*a*). Les dispositions législatives envisageaient que l'accroissement du «revenu de placements à l'étranger» d'une société pourrait entraîner une augmentation de son

deposits in the Philippines in the calculation of its "foreign investment income".

The Minister reassessed the return and refused to recognize the interest as "foreign investment income", as defined in s. 129(4)(*b*), because it was "income from property used or held by the corporation in the year in the course of carrying on a business". Appellant's dividend refund was therefore reduced. The Federal Court, Trial Division, allowed an appeal from that reassessment but its judgment was overturned on appeal.

Held: The appeal should be dismissed.

The test to distinguish income from carrying on a business from income derived from property is whether or not the property was used to fulfil a requirement which had to be met in order to do business and not whether or not the taxpayer was forced to use a particular property to do business. The property must be truly employed and risked in the business and "risk" must mean more than a remote risk and more than a business purpose for the use of property. The threshold of the test is met when the withdrawal of the property would "have a decidedly destabilizing effect on the corporate operations themselves". The investment of profits from trade in order to achieve some collateral purpose is therefore distinguishable from an investment made in order to fulfil a mandatory condition precedent to trade. Here, the property was not for any collateral purpose but rather was employed and risked in the taxpayer's business in the most intimate way. It was used or held in the business and fulfilled a mandatory condition precedent to trade.

Cases Cited

Considered: *The Queen v. Marsh & McLennan, Ltd.*, [1984] 1 F.C. 609, reversing [1982] 2 F.C. 131; **distinguished:** *Vancouver Pile Driving & Contracting Co. v. Minister of National Revenue*, 63 D.T.C. 1007; **referred to:** *March Shipping Ltd. v. Minister of National Revenue*, 77 D.T.C. 371; *Canadian Marconi Co. v. The Queen*, [1986] 2 S.C.R. 522; *Bank Line Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue* (1974), 49 T.C. 307; *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Bennett*, [1913] A.C. 610; *Owen v. Sassoon* (1951), 32 T.C.

«remboursement au titre de dividendes». L'appelante a inclus dans le calcul de son «revenu de placements à l'étranger» les intérêts provenant de ses dépôts en dollars américains aux Philippines.

Le Ministre a procédé à une nouvelle cotisation et a refusé de reconnaître les intérêts comme un «revenu de placements à l'étranger» au sens de l'al. 129(4)*b*) parce qu'ils constituaient un «revenu tiré d'un bien dont la corporation a eu l'usage ou la possession dans l'année aux fins de son entreprise». Le remboursement au titre de dividendes de l'appelante a donc été réduit. La Division de première instance de la Cour fédérale a accueilli l'appel interjeté contre la nouvelle cotisation, mais sa décision a été infirmée en appel.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le critère qui permet de distinguer entre un revenu tiré de l'exploitation d'une entreprise et un revenu provenant d'un bien est de savoir si le bien a été utilisé pour satisfaire à une exigence qui doit être remplie pour que l'entreprise puisse être exploitée et non pas de savoir si le contribuable s'est vu dans l'obligation d'employer un bien déterminé dans l'exploitation de son entreprise. Le bien doit être réellement employé et risqué dans l'entreprise et le terme «risqué» doit impliquer plus qu'un risque éloigné et plus que l'utilisation du bien à des fins commerciales. On satisfait aux exigences minimales du critère dès lors que le retrait du bien aurait «un effet nettement négatif sur les opérations de la compagnie». Une distinction peut donc être faite entre le placement de bénéfices provenant d'activités commerciales afin d'atteindre quelque but accessoire et un placement effectué pour satisfaire à une condition qui doit obligatoirement être remplie avant d'entreprendre des activités commerciales. En l'espèce, le bien n'était pas utilisé pour un but accessoire, mais il était employé et risqué au sens le plus strict dans l'entreprise du contribuable. Il s'agit d'un bien dont la société a eu l'usage ou la possession aux fins de son entreprise et pour satisfaire à une exigence qui devait obligatoirement être remplie avant d'entreprendre des activités commerciales.

Jurisprudence

Arrêt examiné: *La Reine c. Marsh & McLennan, Ltd.*, [1984] 1 C.F. 609, infirmant [1982] 2 C.F. 131; **distinction d'avec l'arrêt:** *Vancouver Pile Driving & Contracting Co. v. Minister of National Revenue*, 63 D.T.C. 1007; **arrêts mentionnés:** *March Shipping Ltd. c. Ministre du Revenu national*, 77 D.T.C. 371; *Canadian Marconi Co. c. La Reine*, [1986] 2 R.C.S. 522; *Bank Line Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue* (1974), 49 T.C. 307; *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Bennett*, [1913] A.C. 610; *Owen v. Sassoon*

101; *The Queen v. Brown Boveri Howden Inc.*, 83 D.T.C. 5319.

Statutes and Regulations Cited

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 89(1), 125, 125.1, 129(1), (3), (4).
Income Tax Act, S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 86(2).

Authors Cited

Scace, Arthur R. A. *The Income Tax Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Law Society of Upper Canada, 1976.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, 83 D.T.C. 5315, [1983] C.T.C. 296, allowing the Crown's appeal from a judgment of Jerome A.C.J., 81 D.T.C. 5326, [1981] C.T.C. 445, allowing an appeal from reassessment by the Minister of National Revenue under the *Income Tax Act*. Appeal dismissed.

John T. Morin, Q.C., and *Stephen S. Ruby*, for the appellant.

Ian MacGregor and *Gaston Jorré*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The issue to be determined in this appeal is whether interest earned by the appellant, Ensite Limited ("Ensite"), from United States dollar deposits in the Philippines qualifies as "foreign investment income" within the meaning of s. 129(4) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended by S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1, and S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 86(2), for the purposes of the "dividend refund" under s. 129(1) of the Act.

1. The Facts

Ensite, which carries on the business of manufacturing and selling automobile engines, is a private corporation within the meaning of s. 89(1) of the *Income Tax Act*. In 1972 Ensite decided to invest in a stamping plant in the Philippines. In order to comply with Philippine law it had to bring foreign currency into the Philippines to finance the stamping plant. In case the Philippine peso might

(1951), 32 T.C. 101; *La Reine c. Brown Boveri Howden Inc.*, 83 D.T.C. 5319.

Lois et règlements cités

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 89(1), 125, 125.1, 129(1), (3), (4).
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 86(2).

Doctrine citée

Scace, Arthur R. A. *The Income Tax Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Law Society of Upper Canada, 1976.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, 83 D.T.C. 5315, [1983] C.T.C. 296, qui a accueilli l'appel interjeté par Sa Majesté d'un jugement du juge en chef adjoint Jerome, 81 D.T.C. 5326, [1981] C.T.C. 445, qui avait accueilli l'appel de la nouvelle cotisation établie par le Ministre du Revenu national en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pourvoi rejeté.

John T. Morin, c.r., et *Stephen S. Ruby*, pour l'appelante.

Ian MacGregor et *Gaston Jorré*, pour l'intimée.

Version française du jugement de la Cour rendu par

MADAME LE JUGE WILSON—La question à trancher en l'espèce est de savoir si les intérêts qu'ont rapportés à l'appelante, Ensite Limited («Ensite»), des dépôts en dollars américains aux Philippines constituent un «revenu de placements à l'étranger» au sens du par. 129(4) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, modifié par S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1, et S.C. 1974-75-76, chap. 26, par. 86(2), aux fins de l'obtention du «remboursement au titre de dividendes» prévu au par. 129(1) de la Loi.

1. Les faits

Ensite, qui exploite une entreprise de fabrication et de vente de moteurs d'automobiles, est une corporation privée au sens du par. 89(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. En 1972, Ensite a décidé de mettre sur pied aux Philippines une usine d'emboutissage. Pour se conformer à la loi des Philippines, elle devait importer au pays des devises étrangères destinées au financement de l'usine

be devalued or the Philippine government might prevent Ensite from taking foreign funds out of the Philippines, an elaborate arrangement was made in an attempt to minimize these risks while at the same time satisfying Philippine law. It involved the investment by Ensite of up to $5 million of its own money in the stamping plant and the obtaining of loans to provide the balance of the capital requirement for the plant. The precise details of the arrangements implemented by Ensite, which are important to the disposition of the appeal, are set out in the reasons for judgment of Le Dain J. in the Federal Court of Appeal, 83 D.T.C. 5315, at p. 5317:

The loans were made available through "swap arrangements" between the Central Bank of the Philippines and the commercial banks which made the loans to the Philippine branch of Ensite. The commercial banks obtained Philippine pesos from the Central Bank at the prevailing exchange rate upon depositing U.S. dollars with the Central Bank under arrangements that ensured that the pesos could be reconverted to U.S. dollars in the future at an agreed exchange rate, thus affording protection against the risk of devaluation. Ensite made U.S. dollar deposits with the commercial banks, which then made the peso loans in an equivalent amount to the Philippine branch. Ensite received certificates of deposit for the U.S. dollar deposits with the commercial banks which it turned over to the banks as security for repayment of the peso loans. The schedule for repayment or withdrawal of the U.S. dollar deposits corresponded to the schedule for repayment of the peso loans, which was to begin at the end of an initial period of five years and continue in six annual instalments. The certificates were declared to be "enforceable" against any branch of the commercial banks outside of the United States thus ensuring against the risk of foreign exchange controls that would prevent U.S. dollars from being taken out of the Philippines. It was not essential to the swap arrangements that Ensite make the U.S. dollar deposits with the commercial banks. The required U.S. dollars could have been made available by the commercial banks on other terms. But the U.S. dollar deposits permitted Ensite to obtain interest rates that reduced the net cost of the borrowing.

d'emboutissage. En prévision de l'éventualité de la dévaluation du peso philippin ou de l'intervention du gouvernement philippin pour empêcher Ensite de sortir des devises étrangères du pays, un arrangement complexe a été mis au point afin de tenter de réduire au minimum ces risques, tout en respectant les exigences de la loi philippine. Aux termes de cet arrangement, Ensite devait notamment investir jusqu'à 5 millions de dollars de ses propres fonds dans l'usine d'emboutissage et le reste des capitaux requis pour l'usine seraient obtenus au moyen d'emprunts. Tous les détails des dispositions prises par Ensite, lesquels sont importants pour statuer sur le pourvoi, sont exposés dans les motifs de jugement du juge Le Dain de la Cour d'appel fédérale, 83 D.T.C. 5315, à la p. 5317:

Les prêts ont été obtenus au moyen d'«accords de crédit réciproque» conclus entre la banque centrale des Philippines et les banques commerciales qui ont prêté de l'argent à la succursale d'Ensite aux Philippines. Les banques commerciales ont obtenu des pesos philippins de la banque centrale au taux de change en vigueur à l'époque, en déposant des dollars américains dans la banque centrale en application d'accords qui garantissaient que les pesos pourraient être reconvertis en dollars américains à l'avenir à un taux de change convenu, ce qui assurait une protection contre le risque de dévaluation. Ensite a déposé des dollars américains dans ces banques commerciales qui ont alors prêté le montant correspondant en pesos à sa succursale des Philippines. Ensite reçut, pour ses dépôts de dollars américains dans les banques commerciales, des certificats de dépôt qu'elle a remis aux banques en garantie du remboursement des emprunts en pesos. Le remboursement ou le retrait des dépôts en dollars américains correspondait au remboursement des emprunts en pesos qui devait commencer à la fin d'une période initiale de cinq ans et se poursuivre en six versements annuels. Il était convenu que les certificats étaient «exécutoires» contre toute succursale des banques commerciales à l'extérieur des États-Unis, assurant ainsi une protection contre le risque de contrôle des changes, qui pourrait empêcher le retrait des dollars américains des Philippines. Il n'était pas essentiel, pour l'application des accords de crédit réciproque, que Ensite fasse des dépôts en dollars américains dans les banques commerciales. Celles-ci auraient pu [fournir] les dollars américains nécessaires par d'autres modalités. Mais ces dépôts en dollars américains ont permis à Ensite d'obtenir des taux d'intérêt qui ont diminué les frais nets de trésorerie.

In its return for the 1976 taxation year Ensite claimed a "dividend refund" under s. 129(1)(*a*) of the *Income Tax Act*. The amount of the refund is, according to the section:

> . . . equal to the lesser of
>
> (i) 1/3 of all taxable dividends paid by it in the year on shares of its capital stock, and
>
> (ii) its refundable dividend tax on hand at the end of the year; . . .

The "refundable dividend tax on hand" of a corporation is calculated following the formula set out in s. 129(3). One of the amounts included in this complex formula is a corporation's "foreign investment income", defined in s. 129(4) as follows:

> (4) In subsection (3),
>
> (*a*) "Canadian investment income" of a corporation for a taxation year means the amount, if any, by which the aggregate of
>
> (i) the amount, if any, by which the aggregate of such of the corporation's taxable capital gains for the year from dispositions of property as may reasonably be considered to be income from sources in Canada exceeds the aggregate of such of the corporation's allowable capital losses for the year from dispositions of property as may reasonably be considered to be losses from sources in Canada,
>
> (ii) all amounts each of which is the corporation's income for the year (other than exempt income or any dividend the amount of which was deductible under section 112 from its income for the year) from a source in Canada that is a property (other than a property used or held by the corporation in the year in the course of carrying on a business), determined, for greater certainty, after deducting all outlays and expenses deductible in computing the corporation's income for the year to the extent that they may reasonably be regarded as having been made or incurred for the purpose of earning the income from that property,
>
> (iii) all amounts each of which is the corporation's income for the year (other than exempt income) from a source in Canada that is a business other than an active business, determined, for greater certainty, after deducting all outlays and expenses deductible in

Dans sa déclaration d'impôt sur le revenu pour l'année d'imposition 1976, Ensite a réclamé un «remboursement au titre de dividendes» en vertu de l'al. 129(1)*a*) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Aux termes de cette disposition, le remboursement représente une somme:

> . . . égale au moins élevé des montants suivants:
>
> (i) 1/3 du total des dividendes imposables payés par la corporation, dans l'année, sur des actions de son capital-actions, ou
>
> (ii) son impôt remboursable au titre de dividendes, en main à la fin de l'année; . . .

L'«impôt en main, remboursable au titre de dividendes» d'une société se calcule selon la formule énoncée au par. 129(3). L'un des montants que comporte cette formule complexe est le «revenu de placements à l'étranger» d'une société, que le par. 129(4) définit ainsi:

> (4) Dans le paragraphe (3),
>
> *a*) «revenu de placements au Canada» d'une corporation pour une année d'imposition signifie la fraction, si fraction il y a, du total
>
> (i) de la fraction, si fraction il y a, du total de la partie des gains en capital imposables que la corporation a tirés dans l'année de la disposition de biens, qui peut raisonnablement être considérée comme étant un revenu provenant de sources situées au Canada, qui est en sus du total des pertes en capital déductibles de la corporation pour l'année, résultant de la disposition de biens, qui peuvent raisonnablement être considérées comme des pertes provenant de sources situées au Canada,
>
> (ii) des sommes dont chacune est le revenu de la corporation pour l'année (sauf le revenu exonéré ou tout dividende dont le montant était déductible, en vertu de l'article 112, de son revenu pour l'année) tiré d'un bien situé au Canada, (à l'exclusion d'un bien dont la corporation a eu l'usage ou la possession dans l'année aux fins de son entreprise), déterminé pour plus de précision, après déduction de tous les frais et dépenses déductibles lors du calcul du revenu de la corporation pour l'année, dans la mesure où ils peuvent raisonnablement être considérés comme ayant été engagés ou supportés aux fins de gagner le revenu tiré de ce bien,
>
> (iii) des sommes dont chacune est le revenu de la corporation pour l'année (autre qu'un revenu exonéré), tiré d'une entreprise autre qu'une entreprise activement exploitée, et située au Canada, déterminé, pour plus de précision, après déduction de tous les

computing the corporation's income for the year to the extent that they may reasonably be regarded as having been made or incurred for the purpose of earning the income from that business,

exceeds the aggregate of amounts each of which is a loss of the corporation for the year from a source in Canada that is a property or business other than an active business; and

(*b*) "foreign investment income" of a corporation for a taxation year means the amount, if any, by which

(i) the amounts that would be determined under paragraph (*a*) in respect of the corporation for the year if the references in paragraph (*a*) to "in Canada" were read as references to "outside Canada",

exceeds

(ii) the aggregate of all amounts deductible under section 113 from the corporation's income for the year.

As can be seen from this legislative framework an addition made to a corporation's "foreign investment income" may well increase the "refundable dividend tax on hand" of a corporation which may result in an increase in the size of the "dividend refund" under s. 129(1)(*a*).

In this case Ensite included interest of $2,323,140 from its U.S. dollar deposits in the Philippines in its calculation of "foreign investment income" for the 1976 taxation year. This inclusion made the amount calculated under paragraph (i) of s. 129(1)(*a*) less than the amount under paragraph (ii) of the subsection and so it claimed a refund of $2,498,931. The Minister, in his reassessment, refused to recognize the interest as "foreign investment income" as defined in s. 129(4)(*b*) because it was income from an active business or was "income from property used or held by the corporation in the year in the course of carrying on a business". Ensite's dividend refund was therefore reduced by $972,860. Ensite appealed the Minister's reassessment.

frais et dépenses déductibles lors du calcul du revenu de la corporation pour l'année, dans la mesure où ils peuvent raisonnablement être considérés comme ayant été engagés ou supportés aux fins de gagner le revenu tiré de cette entreprise,

qui est en sus du total des sommes dont chacune est une perte subie par la corporation pour l'année, provenant d'un bien, ou d'une entreprise autre qu'une entreprise activement exploitée, situés au Canada; et

b) «revenu de placements à l'étranger» d'une corporation pour une année d'imposition signifie la fraction, si fraction il y a,

(i) du montant qui serait calculé en vertu de l'alinéa *a*) relativement à la corporation pour l'année, si, dans l'alinéa *a*), les mots «au Canada» étaient remplacés par les mots «à l'extérieur du Canada»,

qui est en sus

(ii) du total des montants déductibles en vertu de l'article 113 lors du calcul du revenu de la corporation pour l'année.

Or, il ressort de ce cadre législatif que tout accroissement du «revenu de placements à l'étranger» d'une société peut bien avoir pour effet d'augmenter son «impôt en main, remboursable au titre de dividendes», ce qui est susceptible d'entraîner une augmentation du montant du «remboursement au titre de dividendes» prévu par l'al. 129(1)*a*).

En l'espèce, Ensite a inclus dans le calcul de son «revenu de placements à l'étranger» pour l'année d'imposition 1976 un montant d'intérêts de 2 323 140 $ provenant de ses dépôts en dollars américains aux Philippines. Grâce à cette inclusion, le montant calculé selon le sous-al. (i) de l'al. 129(1)*a*) était inférieur à celui calculé conformément au sous-al. (ii) du même alinéa, ce qui a donc permis à Ensite de réclamer un remboursement de 2 498 931 $. Dans la nouvelle cotisation, le Ministre a refusé de reconnaître que ces intérêts constituaient un «revenu de placements à l'étranger» au sens de l'al. 129(4)*b*), pour le motif qu'il s'agissait d'un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement, ou encore d'un «revenu tiré d'un bien dont la corporation a eu l'usage ou la possession dans l'année aux fins de son entreprise». En conséquence, le remboursement au titre de dividendes d'Ensite a été réduit de 972 860 $. Ensite a interjeté appel de la nouvelle cotisation établie par le Ministre.

2. The Courts Below

Jerome A.C.J. (81 D.T.C. 5326) allowed the taxpayer's appeal to the Federal Court, Trial Division. He held on the facts (at p. 5331) that "the earning of the [interest] income certainly would not require such activity on the part of the Plaintiff, as would support, ... the concept of an active business" and so the interest receipts were income from property. He also held that that property was not "used or held by the corporation in the year in the course of carrying on business". For this conclusion he relied primarily on the reasoning of the Tax Review Board in *March Shipping Ltd. v. Minister of National Revenue*, 77 D.T.C. 371 (T.R.B.), and on his own reasoning in *The Queen v. Marsh & McLennan, Ltd.*, [1982] 2 F.C. 131 (T.D.), reversed [1984] 1 F.C. 609 (C.A.) In holding that the U.S. dollar deposits were not property used or held by the corporation in the course of carrying on its business he stated at pp. 5332-33:

> ... I am of the view that these benefits were not sufficient to integrate the transaction with the taxpayer's main business, or to use the language of the statute, to warrant a finding that these funds were "property used or held by the corporation in the year in the course of carrying on a business". It is, to me, extremely significant that the return from these investments would carry on at the negotiated rate, independent entirely of success or failure of the plant and that the taxpayer enjoyed the right to recall the invested funds at any time and to do so in American currency and through offshore rather than Philippines branches of the banks concerned. These were *prima facie* investment transactions. As a result of these precautions, they were insulated from the taxpayer's main business. In terms of the attention required to manage them or their effect on the total income, they remain clearly secondary or incidental to the taxpayer's main business.

The Federal Court of Appeal (83 D.T.C. 5315) allowed the Crown's appeal on the issue whether the dollar deposits were property used or held by the corporation in the course of carrying on its

2. Les tribunaux d'instance inférieure

Le juge en chef adjoint Jerome (81 D.T.C. 5326) a accueilli l'appel formé par le contribuable devant la Division de première instance de la Cour fédérale. Il a conclu que, d'après les faits (à la p. 5331) «il n'était plus nécessaire pour la demanderesse d'effectuer une telle activité pour retirer son revenu [provenant des intérêts] comme le laisserait entendre ... le concept d'entreprise exploitée activement» et que, par conséquent, les intérêts touchés constituaient un revenu tiré d'un bien. Il a conclu en outre qu'il ne s'agissait pas d'un bien «dont la corporation a eu l'usage ou la possession dans l'année aux fins de son entreprise». Sa conclusion se fondait principalement sur le raisonnement de la Commission de révision de l'impôt dans la décision *March Shipping Ltd. c. Ministre du Revenu national*, 77 D.T.C. 371 (C.R.I.), et sur son propre raisonnement dans la décision *La Reine c. Marsh & McLennan, Ltd.*, [1982] 2 C.F. 131 (D.P.I.), infirmée à [1984] 1 C.F. 609 (C.A.) En concluant que les dépôts en dollars américains ne constituaient pas un bien dont la corporation a eu l'usage ou la possession aux fins de son entreprise, il affirme ceci aux pp. 5332 et 5333:

> ... j'estime que ces bénéfices n'étaient pas suffisants pour intégrer la transaction dans l'entreprise principale du contribuable ou, pour employer la terminologie de la loi, pour permettre de conclure que les fonds constituaient un «bien dont la corporation a eu l'usage ou la possession dans l'année aux fins de son entreprise». Selon moi, il est très révélateur que l'intérêt sur ces placements restait au taux négocié, tout à fait indépendamment du succès ou de l'échec de l'usine, et que le contribuable avait le droit de retirer en tout temps les fonds placés, et de le faire en devises américaines et par l'intermédiaire de banques étrangères plutôt que par celui des filiales aux Philippines des banques concernées. Ils constituaient de prime abord des opérations de placement. Grâce à toutes ces précautions, les placements étaient isolés de l'entreprise principale du contribuable. En ce qui concerne l'attention requise pour les gérer ou leur effet sur le revenu total, ils ne constituent manifestement qu'une partie secondaire ou accessoire de l'entreprise principale du contribuable.

La Cour d'appel fédérale (83 D.T.C. 5315) a accueilli l'appel de Sa Majesté sur la question de savoir si les dépôts en cause constituaient un bien dont la corporation a eu l'usage ou la possession

business. Le Dain J., with whom Heald J. and Clement D.J. agreed, based his reasons on the Federal Court of Appeal's decision in *The Queen v. Marsh & McLennan, Ltd., supra*, which had reversed Jerome A.C.J.'s decision below. Le Dain J. was of the view that the case at hand was analogous to that case. He stated at p. 5319:

> For the reasons which I briefly indicated in *Marsh & McLennan* I am of the opinion that the same view must be taken of the interest on the U.S. dollar deposits in the present case. Whether or not it was essential to do so, the fund represented by the U.S. dollar deposits was in fact committed to the carrying on of Ensite's business in the Philippines. It was employed and risked in the business because it was an integral part of the arrangements by which the business was being financed. The U.S. dollar deposits were the means by which the peso loans were obtained on the most favourable terms, including a reduced cost of borrowing, and they were security for the repayment of the loans. For these reasons they were in my opinion property used or held by Ensite in the carrying on of its business, and the interest earned on them was, therefore, not foreign investment income within the meaning of section 129.

Leave to appeal was granted by the Supreme Court of Canada on December 15, 1983.

3. The Issue

As is apparent from the above, the learned judges in the courts below placed considerable reliance on *The Queen v. Marsh & McLennan, Ltd.*, [1982] 2 F.C. 131 (T.D.), reversed [1984] 1 F.C. 609 (C.A.) In that case the taxpayer was in business as an insurance broker. When the taxpayer was told by an insurer that it was prepared to accept an insured's risk, the taxpayer sent a bill to his client, the insured. Remittance to the insurer from the broker did not have to be made until sixty days after the end of the month in which the risk was accepted. There was often a period of time between payment of premiums by insured persons to the broker and remittances by the broker to the insurer, during which time the broker used the sums to invest in short-term bank certificates. The issue was whether the money invested was "property used or held in the course of carrying on a

aux fins de son entreprise. Le juge Le Dain, à l'avis duquel ont souscrit le juge Heald et le juge suppléant Clement, a fondé ses motifs sur l'arrêt de la Cour d'appel fédérale *La Reine c. Marsh & McLennan, Ltd.*, précité, qui avait infirmé la décision rendue en première instance par le juge en chef adjoint Jerome. Selon le juge Le Dain, la présente affaire ressemble à l'affaire *Marsh & McLennan*. Voici ce qu'il affirme, à la p. 5319:

> Par les motifs que j'ai indiqués brièvement dans *Marsh & McLennan*, je conclus qu'il faut adopter la même position en l'espèce à l'égard de l'intérêt provenant des dépôts en dollars américains. Les fonds constitués par les dépôts en dollars américains servaient en fait à l'exploitation de l'entreprise de Ensite aux Philippines, que cette affectation fût nécessaire ou non. Ces fonds étaient utilisés et risqués dans l'entreprise parce qu'ils faisaient partie intégrante des accords de financement de l'entreprise. Les dépôts en dollars américains ont permis d'obtenir les prêts en pesos aux conditions les plus avantageuses, y compris une réduction des frais de trésorerie et constituaient une garantie pour le remboursement des prêts. Par ces motifs, je conclus qu'ils étaient un bien dont Ensite a eu l'usage ou la possession aux fins de son entreprise et par conséquent, l'intérêt qui en provenait n'était pas un revenu de placements à l'étranger au sens de l'article 129.

L'autorisation de pourvoi a été accordée par la Cour suprême du Canada le 15 décembre 1983.

3. La question en litige

Il ressort de ce qui précède que les savants juges des cours d'instance inférieure ont attaché beaucoup d'importance à la décision *La Reine c. Marsh & McLennan, Ltd.*, [1982] 2 C.F. 131 (D.P.I.), infirmée à [1984] 1 C.F. 609 (C.A.) Dans cette affaire, le contribuable exploitait une entreprise de courtage d'assurance. Lorsqu'un assureur l'avisait qu'il était disposé à accepter un risque pour un assuré, le contribuable envoyait une facture à son client, l'assuré. Le courtier n'avait à remettre la prime à l'assureur que dans un délai de soixante jours suivant la fin du mois au cours duquel le risque avait été accepté. Il y avait souvent, entre le paiement des primes au courtier par les assurés et leur remise à l'assureur par le courtier, un laps de temps pendant lequel ce dernier se servait de ces sommes en les plaçant dans des certificats de dépôt bancaires à court terme. La question en litige était

business" within the meaning of the exclusion in s. 129(4)(*a*)(ii) of the *Income Tax Act*. A majority of the Court held that the exclusion did apply.

In the course of his reasons for judgment Clement D.J. stated at p. 638:

To use words employed by Rowlatt J. in *Scales (H.M. Inspector of Taxes) v. George Thompson & Company, Limited* (1927), 13 T.C. 83 (Eng. Q.B.) [sic], on the facts of this case there was between the Broker's business and the investments an interconnection, an interlacing, an interdependence, a unity embracing the investments and the business.

Le Dain J. concurred in the result but proposed at p. 621 a differently worded test:

Was the fund employed and risked in the business? In my opinion it was, because an amount equivalent to this notional fund was committed to the carrying on of the business in order to meet the company's obligations to the insurers.

Thurlow C.J., dissenting, employed a test which on its face appears to be slightly more restrictive. He stated at pp. 619-20:

... it is only property that is in one way or another employed in the carrying on of the business and thus in the earning of the profits of that business that falls within the exception.

. . .

The investing was not part of the arranging of insurance contracts or the collection or remitting of premiums. It was, as I view it, an unrelated activity that could happen or not happen without affecting the respondent's insurance-brokerage business in any way.

. . .

Not only were they not made in the course of carrying on the business, they were not used to pay its obligations. Nor were they capital invested in or at risk in the business.

The precise difference in substance between the test employed by Le Dain J. and that of Clement D.J. is not easy to discern. In many instances property which is "employed or risked" in the business will be "interconnected, interlaced and

de savoir si les fonds ainsi placés constituaient un «bien dont la corporation a eu l'usage ou la possession aux fins de son entreprise» au sens de l'exclusion prévue au sous-al. 129(4)*a*)(ii) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. La Cour à la majorité a conclu que l'exclusion s'appliquait.

Dans ses motifs de jugement, le juge suppléant Clement affirme, à la p. 638:

Pour reprendre les termes employés par le juge Rowlatt dans l'affaire *Scales (H.M. Inspector of Taxes) v. George Thompson & Company, Limited* (1927), 13 T.C. 83 (Q.B. Angl.) (sic), il ressort des faits de cette affaire qu'il existait entre l'entreprise du courtier et les placements qu'il faisait une interconnexion, un entrelacement, une interdépendance et une parfaite harmonie entre les deux.

Le juge Le Dain s'est dit d'accord quant au résultat, mais il propose, à la p. 621, un critère formulé de façon différente:

Le fonds a-t-il été employé comme capital de risque dans l'entreprise? Selon moi, il l'a été puisqu'un montant égal à ce fonds spéculatif a été engagé dans l'exploitation de l'entreprise afin de remplir les obligations de la compagnie face aux assureurs.

Le juge en chef Thurlow, dissident, a appliqué un critère qui, à première vue, paraît un peu plus restrictif. Il affirme, aux pp. 619 et 620:

... seul un bien qui, d'une façon ou d'une autre, est employé aux fins de l'entreprise et, par conséquent, aux fins d'en retirer les profits, est visé par l'exclusion.

. . .

Le placement des fonds ne faisait pas partie de la conclusion de contrats d'assurance ou du recouvrement ou de la remise de primes. Il s'agissait selon moi d'une activité non reliée à celles-ci et qui pouvait avoir lieu ou non, sans que cela ait quelque effet que ce soit sur l'entreprise de courtage d'assurance de l'intimée.

. . .

Non seulement n'ont-ils pas été effectués à ces fins, mais ils n'ont pas été utilisés pour payer ses dettes. Ils ne constituaient pas non plus un capital de risque investi dans l'entreprise.

La nature précise de la différence, sur le plan du fond, entre le critère employé par le juge Le Dain et celui du juge suppléant Clement est difficile à saisir. Bien souvent, lorsqu'un bien est «employé comme capital de risque» dans une entreprise, il

interdependent" with the business. However, the wording of the test employed by Le Dain J. seems more specific and therefore preferable because it emphasizes that the holding or using of the property must be linked to some definite obligation or liability of the business. The test applied by Clement D.J., on the other hand, is worded so broadly that it might prevent the exception from applying where a company simply failed to put in place certain organizational and accounting mechanisms in order to create the formal appearance of a separate and distinct concern.

existe entre ce bien et l'entreprise «une interconnexion, un entrelacement et une interdépendance». Toutefois, la formulation du critère utilisé par le juge Le Dain semble plus précise et elle est donc préférable parce qu'elle met en relief le fait que la possession ou l'usage du bien doivent être liés à une obligation ou à une responsabilité déterminées de l'entreprise. Le critère appliqué par le juge suppléant Clement, par contre, est formulé d'une manière si générale qu'il pourrait empêcher l'application de l'exclusion dans le cas où une société a simplement omis de mettre en place les mécanismes organisationnels et comptables nécessaires pour créer l'apparence d'une entreprise tout à fait distincte.

The substance of these tests seems to be in accordance with the statutory framework. Section 125 allows a Canadian-controlled private corporation with income from an active business to obtain a deduction from the tax otherwise payable under Part I of the *Income Tax Act*. The effect is to tax the active business income of small businesses at a rate lower than the normal corporate rate. Similarly, s. 125.1 provides a deduction from tax payable in respect of a company's Canadian manufacturing and processing profits which are defined in s. 125.1(3) as including only active business income. On the other hand, s. 129(1) permits a corporation to receive a refund of tax paid on "investment income" when it pays dividends in order to achieve a partial integration of personal and corporate taxes on investment income received by a taxpayer from a corporation. As already mentioned, this refund is equal to the lesser of one-third of all taxable dividends paid during the year and the "refundable dividend tax on hand", defined as including a percentage of the "Canadian investment income" and "foreign investment income" of the corporation for the year. These two types of investment income, before amendment by S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 86(2), were made up of three components: net taxable gains, income from property and income from a business other than an active business: see s. 129(4) of the Act. The legislative scheme was thus to draw a distinction between active business income which would fall under ss. 125 and 125.1 and other sources of income which would fall under s. 129. However, it

Ces critères semblent pour l'essentiel s'harmoniser avec les dispositions législatives pertinentes. L'article 125 autorise une corporation privée dont le contrôle est canadien et qui tire un revenu d'une entreprise exploitée activement à déduire une somme déterminée de l'impôt par ailleurs payable en vertu de la Partie I de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Il en résulte que le revenu provenant d'une petite entreprise exploitée activement est imposé à un taux inférieur à celui normalement applicable aux sociétés. De même, l'art. 125.1 prévoit une déduction de l'impôt payable à l'égard des bénéfices de fabrication et de transformation au Canada d'une société, qui, suivant la définition qu'en donne le par. 125.1(3), se composent uniquement des revenus tirés d'une entreprise exploitée activement. Par contre, le par. 129(1) permet à une société, lorsqu'elle paie des dividendes, d'obtenir un remboursement de l'impôt payé sur le «revenu de placements», de manière à atteindre l'intégration partielle de l'impôt payable par un particulier et par une société sur le revenu de placements que le particulier reçoit de cette société. Comme je l'ai déjà mentionné, ce remboursement est égal au moins élevé des montants suivants: un tiers du total des dividendes imposables payés dans l'année et l'«impôt en main, remboursable au titre de dividendes», défini comme comprenant un pourcentage du «revenu de placements au Canada» et du «revenu de placements à l'étranger» de la société pour l'année. Avant la modification apportée par S.C. 1974-75-76, chap. 26, par. 86(2), ces deux types de revenus de placements comportaient

was clearly arguable that income from property which was immersed in the trading activity of the corporation could qualify as active business income. The aforementioned amendment which added the words "other than a property used or held by the corporation in the year in the course of carrying on a business" in parentheses after the words "that is a property" removed this argument and preserved the distinction between active business income and other sources of income: see Arthur R. A. Scace, *The Income Tax Law of Canada* (3rd ed. 1976), at p. 257. The rebuttable presumption that corporate income is income from a business (see: *Canadian Marconi Co. v. The Queen*, [1986] 2 S.C.R. 522, released concurrently herewith) is of no application here as it would tend to collapse the distinction between active business income and other sources of income which Parliament clearly intended to preserve in its amendment of s. 129(4) of the Act.

It would seem to follow that the legislative intention underlying the amendment was to catch income from property that is employed or risked in the taxpayer's business to such an extent that the income from it could be characterized as active business income. The use of words such as "employed" and "risked" appropriately implement Parliament's intention.

Counsel for the appellant argued that in this case the dollar deposits could be said to be "risked" in the sense that if the business failed they could be seized. He submitted that this demonstrated that the test is too wide. If "risked" was the right test, then all property would meet

trois éléments: les gains nets imposables, le revenu tiré d'un bien et le revenu tiré d'une entreprise autre qu'une entreprise exploitée activement: voir le par. 129(4) de la Loi. La Loi visait donc à faire une distinction entre le revenu tiré d'une entreprise exploitée activement, lequel relèverait des art. 125 et 125.1, et les revenus d'autres sources auxquels s'appliquerait l'art. 129. Toutefois, il était certainement possible de faire valoir que le revenu provenant d'un bien utilisé dans les activités commerciales de la société pourrait être qualifié de revenu tiré d'une entreprise exploitée activement. La modification susmentionnée, qui ajoute entre parenthèses après les mots «d'un bien situé au Canada» les mots «à l'exclusion d'un bien dont la corporation a eu l'usage ou la possession dans l'année aux fins de son entreprise», a fait tomber cet argument et a maintenu la distinction entre un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement et les revenus d'autres sources: voir Arthur R. A. Scace, *The Income Tax Law of Canada* (3rd ed. 1976), à la p. 257. Or, la présomption réfutable selon laquelle le revenu d'une société provient de l'exploitation d'une entreprise (voir l'arrêt *Canadian Marconi Co. c. La Reine*, [1986] 2 R.C.S. 522, rendu en même temps que le présent arrêt) ne s'applique pas en l'espèce étant donné qu'elle tendrait à rendre inopérante la distinction entre le revenu tiré d'une entreprise exploitée activement et les revenus d'autres sources, que le législateur a manifestement voulu conserver dans sa modification du par. 129(4) de la Loi.

Il semblerait s'ensuivre que l'intention législative qui sous-tend la modification était de frapper d'impôt le revenu tiré de tout bien employé ou risqué dans l'entreprise du contribuable dans la mesure où le revenu en provenant pourrait être qualifié de revenu tiré d'une entreprise exploitée activement. L'utilisation de termes comme «employé» et «risqué» donne bien suite à l'intention du législateur.

L'avocat de l'appelante a fait valoir qu'en l'espèce les dépôts en dollars ont été «risqués» en ce sens que si l'entreprise devait échouer ils pourraient être saisis. D'après lui, cela démontrait que le critère est trop général. Si c'était bien le fait d'être «risqué» qui constituait le critère approprié,

the test since ultimately all property is available to the creditors of a corporation. But "risked" means more than a remote risk. A business purpose for the use of the property is not enough. The threshold of the test is met when the withdrawal of the property would "have a decidedly destabilizing effect on the corporate operations themselves": *March Shipping Ltd. v. Minister of National Revenue*, *supra*, at p. 374. This would distinguish the investment of profits from trade in order to achieve some collateral purpose such as the replacement of a capital asset in the long term (see, for example, *Bank Line Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue* (1974), 49 T.C. 307 (Scot. Ct. of Session)) from an investment made in order to fulfil a mandatory condition precedent to trade (see, for example, *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Bennett*, [1913] A.C. 610 (H.L.), and *Owen v. Sassoon* (1951), 32 T.C. 101 (Eng. H.C.J.) Only in the latter case would the withdrawal of the property from that use significantly affect the operation of the business. The same can be said for a condition that is not mandatory but is nevertheless vitally associated with that trade such as the need to meet certain recurring claims from that trade: see, for example, *The Queen v. Marsh & McLennan, Ltd.*, *supra*, and *The Queen v. Brown Boveri Howden Inc.*, 83 D.T.C. 5319 (F.C.A.)

alors n'importe quel bien y satisferait puisque, en fin de compte, ce sont tous les biens d'une société qui peuvent être saisis par ses créanciers. Mais le terme «risqué» signifie plus qu'un risque éloigné. Il ne suffit pas que le bien soit utilisé à des fins commerciales. On satisfait aux exigences minimales du critère dès lors que le retrait du bien aurait «un effet nettement négatif sur les opérations de la compagnie»: *March Shipping Ltd. c. Ministre du Revenu national*, précité, à la p. 374. Cela créerait une distinction entre le placement de bénéfices provenant d'activités commerciales afin d'atteindre quelque but accessoire comme le remplacement à long terme d'un bien immobilisé (voir, par exemple, *Bank Line Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue* (1974), 49 T.C. 307 (Scot. Ct. of Session)) et un placement effectué pour satisfaire à une condition qui doit obligatoirement être remplie avant d'entreprendre des activités commerciales (voir, par exemple, *Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Bennett*, [1913] A.C. 610 (H.L.), et *Owen v. Sassoon* (1951), 32 T.C. 101 (Eng. H.C.J.) C'est dans ce dernier cas seulement que si on n'affectait plus ce bien de cet usage, l'exploitation de l'entreprise en souffrirait notablement. Il en va de même d'une condition qui n'est pas obligatoire, mais qui est néanmoins intimement liée aux activités commerciales en question, telle que la nécessité de régler certaines réclamations périodiques résultant de ces activités; voir, par exemple, *La Reine c. Marsh & McLennan, Ltd.*, précité, et *La Reine c. Brown Boveri Howden Inc.*, 83 D.T.C. 5319 (C.A.F.)

It is true that in this case the taxpayer could have done business and fulfilled the Philippine requirement that foreign currency be brought into the country by a means not involving the use of property. It could have borrowed the U.S. currency abroad and brought it into the Philippines. But this consideration is irrelevant to our inquiry. The test is not whether the taxpayer was forced to use a particular property to do business; the test is whether the property was used to fulfil a requirement which had to be met in order to do business. Such property is then truly employed and risked in the business. Here the property was used to fulfil a mandatory condition precedent to trade; it is not collateral, but is employed and risked in the busi-

Il est vrai qu'en l'espèce le contribuable aurait pu exploiter son entreprise et satisfaire à l'exigence philippine d'importation de devises étrangères en recourant à un moyen ne comportant pas l'usage de biens. Il aurait pu emprunter les devises américaines à l'étranger pour ensuite les importer aux Philippines. Ce facteur ne revêt toutefois aucune importance aux fins de notre examen. Le critère applicable consiste non pas à déterminer si le contribuable s'est vu dans l'obligation d'employer un bien déterminé pour exploiter son entreprise, mais plutôt à se demander si ce bien a été utilisé pour satisfaire à une exigence qui devait être remplie pour qu'il puisse exploiter son entreprise. Dans cette dernière hypothèse, il s'agirait véritablement

ness of the taxpayer in the most intimate way. It is property used or held in the business.

Counsel for the appellant also referred us to *Vancouver Pile Driving & Contracting Co. v. Minister of National Revenue*, 63 D.T.C. 1007 (Ex. Ct.), which suggests that bonds put up as security are not trading income. There the security was required by the government if the taxpayer was to be allowed to do construction work. But the issue in that case was simply whether the proceeds from the sale of the bonds were capital or income. It was correctly held that they constituted capital. The issue whether these bonds were used or held in the taxpayer's business was not in issue. I do not see therefore how the appellant draws any comfort from that decision.

4. Disposition

For the reasons given I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Solicitor for the respondent: Roger Tassé, Ottawa.

d'un bien employé et risqué dans l'entreprise. En l'espèce, le bien en cause a été employé pour satisfaire à une condition qui devait obligatoirement être remplie avant d'entreprendre des activités commerciales; loin de revêtir un caractère accessoire, ce bien est employé et risqué au sens le plus strict dans l'entreprise du contribuable. Il s'agit d'un bien dont la société a eu l'usage ou la possession aux fins de son entreprise.

En cette Cour, l'avocat de l'appelante a invoqué en outre la décision *Vancouver Pile Driving & Contracting Co. v. Minister of National Revenue*, 63 D.T.C. 1007 (C. de l'É.), où on laisse entendre que des obligations déposées en garantie ne constituent pas un revenu tiré d'activités commerciales. Dans cette affaire, la garantie était exigée par le gouvernement pour que le contribuable puisse entreprendre des travaux de construction. Cependant, la question en litige était simplement de savoir si le produit de la vente des obligations constituait un montant en capital ou un revenu. Il a été décidé, à juste titre, qu'il constituait un montant en capital. La question de savoir si le contribuable avait eu l'usage ou la possession de ces obligations aux fins de son entreprise n'était pas en litige. Je ne vois donc pas en quoi cette décision peut être utile à l'appelante.

4. Dispositif

Pour les motifs que je viens d'exposer, je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Campbell, Godfrey & Lewtas, Toronto.

Procureur de l'intimée: Roger Tassé, Ottawa.

Canadian Marconi Company *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: CANADIAN MARCONI *v.* R.

File No.: 18959.

1986: May 21, 22; 1986: November 6.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Income tax — Canadian manufacturing and processing profits — Interest from actively managed securities portfolio — Portfolio created from forced sale of business and held pending purchase of new business opportunity — Whether or not income from active business or from property — Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 125.1, 248(1), as amended — Income Tax Regulations, SOR/73-495, s. 5200.

Appellant owned and actively managed a large and profitable portfolio of short term interest bearing securities. The portfolio was created on the forced sale of its broadcasting interests and was eventually to be liquidated in order to purchase a business similar to or complementary with appellant's electronic equipment manufacturing business. For the taxation years 1973 through 1976 inclusive, appellant claimed a tax credit in respect of the interest earned relying on s. 125.1 of the *Income Tax Act*. It maintained that this interest was part of its "Canadian manufacturing and processing profits", a portion of which is eligible for deduction under that section, because the interest received was income from an active business. "Canadian manufacturing and processing profits" are defined to be such portion of the aggregate of "all amounts each of which is income of the corporation for the year from active business carried on in Canada as is determined under rules prescribed for that purpose by regulation". The Minister, in his re-assessments, held the interest income to be income from property and not from an active business. Appellant unsuccessfully appealed the re-assessments to the Feder-

Canadian Marconi Company *Appelante*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: CANADIAN MARCONI *c.* R.

N° du greffe: 18959.

1986: 21, 22 mai; 1986: 6 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Impôt sur le revenu — Bénéfices de fabrication et de transformation au Canada — Intérêts provenant de valeurs en portefeuille activement gérées — Portefeuille constitué à partir du produit de la vente forcée d'une entreprise et à conserver en attendant l'achat d'une nouvelle entreprise — S'agit-il d'un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement ou d'un revenu provenant de biens? — Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 125.1, 248(1), et modifications — Règlements de l'impôt sur le revenu, DORS/73-495, art. 5200.

L'appelante possédait un portefeuille important et profitable composé de valeurs à court terme portant intérêt qu'elle gérait activement. Le portefeuille a été constitué à la suite de la vente forcée de son service de radiodiffusion et devait à un moment donné être liquidé pour permettre l'achat d'une entreprise semblable à l'entreprise de fabrication d'équipement électronique de l'appelante ou compatible avec celle-ci. Invoquant l'art. 125.1 de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, l'appelante a réclamé, pour chacune des années d'imposition 1973 à 1976 inclusivement, un crédit d'impôt à l'égard des intérêts gagnés. Selon elle, ces intérêts entrent dans la catégorie de ses «bénéfices de fabrication et de transformation au Canada», dont une partie ouvre droit à la déduction prévue par cette disposition, parce que les intérêts reçus constituent un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement. L'expression «bénéfices de fabrication et de transformation au Canada» signifie le pourcentage de «tous les montants dont chacun est le revenu que la corporation a tiré pour l'année d'une entreprise exploitée activement au Canada, déterminé en vertu des règles prescrites à cette fin par voie de règlement». Le Ministre, dans les nouvelles cotisations, a décidé que les intérêts constituaient un revenu tiré de biens et non pas d'une entreprise exploitée activement. L'appelante a porté les nouvelles cotisations en appel devant la Division de première instance de la Cour fédérale et devant

al Court (Trial Division) and the Federal Court of Appeal.

Held: The appeal should be allowed.

In the case of a corporate taxpayer, case law has established a rebuttable presumption that income received from or generated by an activity done in pursuit of an object set out in the corporation's constating documents is income from a business. This presumption should apply because appellant had a specific "investment business" object. Indeed, even if that object were not expressed, a broader form of the presumption should apply. Appellant was incorporated to do business, and there was no reason why any income it earned should not be considered as *prima facie* income from a business.

The question whether appellant's income was from business or property is a matter of fact. In making this determination, the relevant inquiry is not into the taxpayer's business strategy but rather into whether the taxpayer was in fact in the investment business.

"Canadian manufacturing and processing profits", defined in s. 125.1, includes a portion of "all amounts, each of which is the income of the corporation ... from an active business ..." as determined by regulation. Section 5200 of the Regulations defines that portion as being a portion of the corporation's "adjusted business income", which is the amount by which income from an active business carried on in Canada exceeds the loss from an active business carried on in Canada. "Active business" is nowhere restricted to a manufacturing or processing business. If such restriction were intended, Parliament would have to express itself clearly to that effect.

Cases Cited

Considered: *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247; *Western Leaseholds Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1960] S.C.R. 10; *M. R. T. Investments Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 126, 75 D.T.C. 5224, aff'd 76 D.T.C. 6158; *Gunnar Mining Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 226; **referred to:** *Wertman v. Minister of National Revenue*, 64 D.T.C. 5158; *Commissioners of Inland Revenue v. Korean Syndicate, Ltd.* (1921), 12 T.C. 181; *American Leaf Blending Co. v. Director-General of Inland Revenue*, [1979] A.C. 676; *Anderson Logging Co. v. The King*, [1925] S.C.R. 45; *Queen & Metcalfe Carpark Ltd. v. Minister*

la Cour d'appel fédérale, mais a été déboutée chaque fois.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Dans le cas d'une société-contribuable, la jurisprudence établit une présomption réfutable selon laquelle le revenu tiré d'une activité relevant d'un objet énoncé dans les statuts de la société ou produit par cette activité constitue un revenu provenant d'une entreprise. Cette présomption doit s'appliquer en l'espèce parce que l'appelante a comme objet précis l'exploitation d'une «entreprise de placement». En fait, même si cet objet n'était pas exprimé, il y aurait lieu d'appliquer une variante plus large de la présomption. L'appelante a été constituée pour exploiter une entreprise et il n'y a aucune raison pour laquelle un revenu qu'elle gagne ne devrait pas être considéré au premier abord comme un revenu tiré d'une entreprise.

La question de savoir si le revenu de l'appelante provient d'une entreprise ou de biens est une question de fait. Dans cette détermination la stratégie d'affaires du contribuable n'est pas pertinente; la question qu'il faut se poser est plutôt de savoir si en fait le contribuable exploite une entreprise de placement.

Les «bénéfices de fabrication et de transformation au Canada», expression définie à l'art. 125.1, comprennent un pourcentage de «tous les montants dont chacun est le revenu que la corporation a tiré ... d'une entreprise exploitée activement ... », déterminé par voie de règlement. Aux termes de l'art. 5200 des Règlements, ce pourcentage est une fraction du «revenu rajusté tiré d'une entreprise» de la société, ce qui est la fraction du revenu tiré d'une entreprise exploitée activement au Canada qui est en sus des pertes subies par une telle entreprise. Il n'y a rien qui dit qu'une «entreprise exploitée activement» doit être une entreprise de fabrication ou de transformation. Si le Parlement avait voulu apporter une telle restriction, il aurait fallu qu'il l'exprime clairement.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247; *Western Leaseholds Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1960] R.C.S. 10; *M. R. T. Investments Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 126, 75 D.T.C. 5224, conf. 76 D.T.C. 6158; *Gunnar Mining Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1968] R.C.S. 226; **arrêts mentionnés:** *Wertman v. Minister of National Revenue*, 64 D.T.C. 5158; *Commissioners of Inland Revenue v. Korean Syndicate, Ltd.* (1921), 12 T.C. 181; *American Leaf Blending Co. v. Director-General of Inland Revenue*, [1979] A.C. 676; *Anderson Logging Co. v. The King*, [1925] R.C.S. 45; *Queen & Metcalfe Carpark*

of National Revenue, [1973] C.T.C. 810, 74 D.T.C. 6007, aff'd [1976] C.T.C. xvi; *Fontaine Watch Co. v. Minister of National Revenue*, 60 D.T.C. 535; *Supreme Theatres Ltd. v. The Queen*, 81 D.T.C. 5136; *Sutton Lumber and Trading Co. v. Minister of National Revenue*, [1953] 2 S.C.R. 77; *Burri v. The Queen*, 85 D.T.C. 5287; *Cragg v. Minister of National Revenue*, [1952] Ex. C.R. 40; *Minister of National Revenue v. Taylor*, [1956-60] Ex. C.R. 3; *Morguard Properties Ltd. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493.

Statutes and Regulations Cited

Act respecting Canadian Marconi Company, S.C. 1935, c. 70, s. 3.
Act to incorporate the Marconi Wireless Telegraph Company of Canada, Limited, S.C. 1903, c. 149.
Business Corporations Act, 1982, S.O. 1982, c. 4, s. 15.
Canada Business Corporations Act, S.C. 1974-75-76, c. 33, s. 15.
Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 125.1, 248(1), as amended.
Income Tax Act, S.C. 1973-74, c. 29, s. 1.
Income Tax Act, S.C. 1974-75-76, c. 26, s. 82.
Income Tax Act, S.C. 1976-77, c. 4, s. 50.
Income Tax Regulations, SOR/73-495, s. 5200.
Ontario Companies Act, R.S.O. 1897, c. 191.

Authors Cited

Canada. Minister of National Revenue. *Interpretation Bulletin* IT-73R3, "Income from an Active Business", April 15, 1980.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, 84 D.T.C. 6267, [1984] C.T.C. 319, dismissing an appeal from a judgment of Décary J., 82 D.T.C. 6236, [1982] C.T.C. 277, dismissing an appeal from re-assessment by the Minister of National Revenue under the *Income Tax Act*. Appeal allowed.

L. Yves Fortier, Q.C., and *Jules Charette*, for the appellant.

Ian MacGregor and *Gaston Jorré*, for the respondent.

Ltd. c. Ministre du Revenu national, [1973] C.T.C. 810, 74 D.T.C. 6007, conf. [1976] C.T.C. xvi; *Fontaine Watch Co. v. Minister of National Revenue*, 60 D.T.C. 535; *Supreme Theatres Ltd. c. La Reine*, 81 D.T.C. 5136; *Sutton Lumber and Trading Co. v. Minister of National Revenue*, [1953] 2 R.C.S. 77; *Burri c. La Reine*, 85 D.T.C. 5287; *Cragg v. Minister of National Revenue*, [1952] R.C. de l'É. 40; *Minister of National Revenue v. Taylor*, [1956-60] R.C. de l'É. 3; *Morguard Properties Ltd. c. Ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493.

Lois et règlements cités

Acte constituant en corporation la compagnie dite The Marconi Wireless Telegraph Company of Canada, à responsabilité limitée, S.C. 1903, chap. 149.
Loi concernant la «Canadian Marconi Company», S.C. 1935, chap. 70, art. 3.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 125.1, 248(1) et modifications.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1973-74, chap. 29, art. 1.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1974-75-76, chap. 26, art. 82.
Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1976-77, chap. 4, art. 50.
Loi de 1982 sur les compagnies, L.O. 1982, chap. 4, art. 15.
Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, S.C. 1974-75-76, chap. 33, art. 15.
Ontario Companies Act, R.S.O. 1897, chap. 191.
Règlements de l'impôt sur le revenu, DORS/73-495, art. 5200.

Doctrine citée

Canada. Ministre du Revenu national. *Bulletin d'interprétation* IT-73R3, «Revenu tiré d'une entreprise exploitée activement», 15 avril 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, 84 D.T.C. 6267, [1984] C.T.C. 319, qui a rejeté un appel d'un jugement du juge Décary, 82 D.T.C. 6236, [1982] C.T.C. 277, qui avait rejeté un appel des nouvelles cotisations établies par le ministre du Revenu national en vertu de la *Loi de l'impôt sur le revenu*. Pourvoi accueilli.

L. Yves Fortier, c.r., et *Jules Charette*, pour l'appelante.

Ian MacGregor et *Gaston Jorré*, pour l'intimée.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—The issue in this appeal is whether or not the income earned by the appellant during the 1973 to 1976 taxation years from short-term securities is "income of the corporation for the year from an active business" for the purpose of computing the appellant's "Canadian manufacturing and processing profits" under s. 125.1(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148 (as amended in the relevant years by s. 1 of S.C. 1970-71-72, c. 63, s. 1 of S.C. 1973-74, c. 29, s. 82 of S.C. 1974-75-76, c. 26 and s. 50 of S.C. 1976-77, c. 4). The Crown has conceded that if the income was from business, then it was income from an active business. The issue in this appeal therefore resolves itself into the question whether the income earned by the appellant is income from business or income from another source—in this case, property.

1. The Facts

Prior to 1973, the appellant, Canadian Marconi Company ("CMC"), a manufacturer of electronic equipment, owned a broadcasting division. In September 1968, the Canadian Radio-Television Commission was directed by the Governor General in Council not to grant renewal licences after a certain date to non-Canadian citizens or ineligible Canadian corporations. This directive was implemented on January 12, 1971. As a result of this new policy, CMC, being foreign controlled, was denied a licence renewal for its broadcasting division by the CRTC and was compelled to sell it.

In July 1972, CMC sold its broadcasting division for $18 million in cash. CMC's plan was that the funds from the forced sale would be used to purchase a business similar to or complementary with its electronic equipment manufacturing business. Until it could find such a business to purchase it invested the funds in short-term securities. These particular investments were chosen in order to earn interest income while maintaining a degree

Version française du jugement de la Cour rendu par

MADAME LE JUGE WILSON—La question qui se pose en l'espèce est de savoir si le revenu que l'appelante a tiré de valeurs à court terme au cours des années d'imposition 1973 à 1976 constitue un «revenu que la corporation a tiré pour l'année d'une entreprise exploitée activement» aux fins du calcul de ses «bénéfices de fabrication et de transformation au Canada» selon le par. 125.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148 (modifié dans les années pertinentes par l'art. 1, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 1, S.C. 1973-74, chap. 29, art. 82, S.C. 1974-75-76, chap. 26 et art. 50, S.C. 1976-77, chap. 4). Sa Majesté reconnaît que, si le revenu en question provient d'une entreprise, il s'agit d'un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement. La question présentement en litige se ramène donc à ceci: le revenu de l'appelante a-t-il été tiré d'une entreprise ou d'une autre source, en l'occurrence, de biens?

1. Les faits

Antérieurement à 1973, l'appelante, Canadian Marconi Company («CMC»), une fabricante d'équipement électronique, possédait un service de radiodiffusion. En septembre 1968, le gouverneur-général en conseil a ordonné au Conseil de la Radio-Télévision canadienne de ne pas renouveler, à partir d'une certaine date, les licences de non-Canadiens ou de sociétés canadiennes inadmissibles. Cette directive est entrée en vigueur le 12 janvier 1971. Par suite de la nouvelle politique, CMC, en tant que société sous contrôle étranger, s'est vu refuser par le CRTC le renouvellement de la licence pour son service de radiodiffusion et a dû en conséquence le vendre.

En juillet 1972, CMC a vendu son service de radiodiffusion au prix de 18 millions de dollars comptant. L'idée de CMC était d'utiliser les recettes de la vente forcée pour acheter une entreprise semblable à son entreprise de fabrication d'équipement électronique ou compatible avec celle-ci. En attendant de trouver une telle entreprise dont elle pourrait se porter acquéreur, elle a placé les fonds dans des valeurs à court terme. Ces placements ont

of liquidity in case the opportunity to buy a suitable business suddenly arose.

Throughout the 1973 to 1976 period, the funds remained invested in short-term interest-bearing securities but considerable energy and effort was expended by CMC in order to obtain a maximum return. About twenty per cent of the working hours of the senior company officer placed in charge of the investments was taken up in the day-to-day management of these investments. Every Friday, this officer carefully reviewed all transactions made during the week and decided on the investment strategy for the following week. At any one time there were as many as twelve employees involved in the management of the investments. The extent of the activity of this staff in managing the investments and their vigilance in earning a maximum return from the funds is evident from the numerous purchases completed each year (201 in 1973, 218 in 1974, 241 in 1975 and 381 in 1976), the variation in the lengths of terms of deposits made and securities purchased according to the trend of market interest rates and the fact that seldom would the staff reinvest the funds realized from a sale in the same instrument. Finally, the funds available for investment and actually invested represented roughly one-half of CMC's total assets during the 1973 to 1976 period and the income earned from the investments constituted a significant percentage of the total income earned by CMC in each of the years in question—21.4% in 1973, 52.7% in 1974, 35.4% in 1975 and 31.2% in 1976.

For each of the taxation years in issue CMC, relying on s. 125.1(1) of the *Income Tax Act*, R.S.C. 1952, c. 148, as amended, claimed a tax credit in respect of a portion of the interest earned on its investments. It was of the view that this interest was part of its "Canadian manufacturing and processing profits", a portion of which is eligible for the deduction under that section. "Canadian manufacturing and processing profits" are defined in s. 125.1(3)(*a*) as such portion of the aggregate of "all amounts each of which is the income of the corporation for the year from an

été choisis parce qu'ils produisaient des intérêts tout en offrant un certain degré de liquidité au cas où se présenterait inopinément l'occasion d'acheter une entreprise appropriée.

De 1973 à 1976, les fonds ont toujours été placés dans des valeurs à court terme portant intérêt, mais CMC a fait de grands efforts en vue d'obtenir le meilleur rendement possible. Environ vingt pour cent des heures de travail du cadre supérieur de la société responsable des placements ont été consacrées à leur gestion quotidienne. Tous les vendredis, ce cadre procédait à un examen minutieux de toutes les opérations de la semaine et décidait de la stratégie pour la semaine à venir. Il y avait constamment jusqu'à douze employés qui s'occupaient de la gestion des placements. L'ampleur de ces activités de gestion et la grande vigilance dont lesdits employés ont témoigné en obtenant le rendement maximal ressortent des nombreux achats faits chaque année (201 en 1973, 218 en 1974, 241 en 1975 et 381 en 1976), du fait que la durée des dépôts effectués et l'échéance des valeurs achetées variaient en fonction des tendances manifestées du côté des taux d'intérêt et du fait que le produit d'une vente était rarement placé de nouveau dans la même valeur. Finalement, les fonds dont on disposait à des fins de placement et qui ont en fait été placés représentaient approximativement la moitié de l'actif total de CMC au cours de la période de 1973 à 1976 et le revenu provenant des placements constituait un pourcentage considérable des revenus globaux de CMC pour chacune des années en question—21,4 p. 100 en 1973, 52,7 p. 100 en 1974, 35,4 p. 100 en 1975 et 31,2 p. 100 en 1976.

Pour chacune des années d'imposition en cause CMC, invoquant le par. 125.1(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu*, S.R.C. 1952, chap. 148, et modifications, a réclamé un crédit d'impôt à l'égard d'une partie des intérêts produits par ses placements. Selon elle, ces intérêts étaient une composante de ses «bénéfices de fabrication et de transformation au Canada», une partie desquels ouvre droit à la déduction prévue par cette disposition. Suivant la définition qui figure à l'al. 125.1(3)*a*), l'expression «bénéfices de fabrication et de transformation au Canada» signifie le pour-

active business carried on in Canada as is determined under rules prescribed for that purpose by regulation". CMC was of the view that the interest received from short-term investments entered into the computation of its "manufacturing and processing profits" because the interest was income from an active business. The Minister, in his re-assessments, was of the view that the interest income was income from property, not income from an active business.

centage de «tous les montants dont chacun est le revenu que la corporation a tiré pour l'année d'une entreprise exploitée activement au Canada, déterminé en vertu des règles prescrites à cette fin par voie de règlement». Selon CMC, les intérêts provenant des placements à court terme entraient dans le calcul de ses «bénéfices de fabrication et de transformation» parce qu'il s'agissait d'un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement. Le Ministre, dans les nouvelles cotisations, a exprimé l'opinion que les intérêts constituaient un revenu tiré de biens et non pas d'une entreprise exploitée activement.

2. The Courts Below

CMC appealed the Minister's re-assessments to the Federal Court—Trial Divison. Décary J. dismissed the appeal (82 D.T.C. 6236) and held that the income received by the plaintiff was income from property. Even if it were income from an active business he still would have dismissed CMC's appeal on the ground that in order to constitute "Canadian manufacturing and processing profits" under s. 125.1(3)(*a*) the business must be a manufacturing and processing business. CMC's further appeal to the Federal Court of Appeal (84 D.T.C. 6267) was also dismissed. Ryan J. for the Court held that the interest income could not be considered to be income from an investment business because of what, in his view, were "overriding considerations". I shall deal in detail with these considerations later in these reasons. Leave to appeal to this Court was granted on December 17, 1984.

2. Les tribunaux d'instance inférieure

CMC a interjeté appel des nouvelles cotisations du Ministre devant la Division de première instance de la Cour fédérale. Le juge Décary a rejeté l'appel (82 D.T.C. 6236) et a conclu que le revenu reçu par la demanderesse avait été tiré de biens. Même s'il s'était agi d'un revenu provenant d'une entreprise exploitée activement, il aurait aussi rejeté l'appel de CMC pour le motif que des «bénéfices de fabrication et de transformation au Canada» au sens de l'al. 125.1(3)*a*) ne peuvent être réalisés que par une entreprise de fabrication et de transformation. CMC a également été déboutée de son appel devant la Cour d'appel fédérale (84 D.T.C. 6267). Le juge Ryan, au nom de la cour, a conclu que, en raison de ce qu'il a qualifié de «considérations primordiales», les intérêts ne pouvaient être considérés comme un revenu tiré d'une entreprise de placement. J'entreprendrai un examen approfondi de ces considérations plus loin dans les présents motifs. L'autorisation de se pourvoir devant cette Cour a été accordée le 17 décembre 1984.

3. The Issue

The distinction between income from a business and income from property is a difficult one to draw but it is one which the Act compels us to make. There are two reasons for the difficulty. First, the terms "business" and "property" are broadly and loosely defined in s. 248(1) of the *Income Tax Act*. As a consequence the definitions on a fair reading can be construed in such a way as to overlap. Second, persons or corporations gener-

3. La question en litige

Il est difficile de faire une distinction entre un revenu tiré d'une entreprise et un revenu provenant d'un bien, mais la Loi nous y oblige. La difficulté tient à deux facteurs. Premièrement, les termes «entreprise» et «biens» sont définis au par. 248(1) de la *Loi de l'impôt sur le revenu* d'une manière large et plutôt vague. En conséquence une interprétation justifiée de ces définitions peut entraîner un chevauchement. En deuxième lieu, les person-

ally engaged in trading-type activity often use property as a means of earning income. On first reflection this sort of income could realistically be considered either business income or property income. The observation of Thurlow J. (as he then was) in *Wertman v. Minister of National Revenue*, 64 D.T.C. 5158 (Ex. Ct.), at p. 5167, that cases are "readily conceivable where particular income may be accurately described as income from property and just as accurately regarded as income from a business" is frequently apposite. The courts have handled the difficult task of deciding whether a particular receipt is business income or property income by applying certain set criteria or *indicia* of trading activity and, in the case of a corporate taxpayer, by applying a presumption in favour of the characterization of its income as income from a business. I shall examine these in reverse order.

nes ou les sociétés dont les activités consistent généralement en des opérations de type commercial utilisent souvent des biens comme moyens de produire un revenu. À première vue, ce genre de revenus pourrait d'une façon réaliste être considéré comme provenant d'une entreprise ou de biens. Le commentaire du juge Thurlow (tel était alors son titre), dans l'affaire *Wertman v. Minister of National Revenue*, 64 D.T.C. 5158 (C. de l'É.), [TRADUCTION] «qu'on peut facilement concevoir des cas où un revenu peut être qualifié avec exactitude de revenu tiré d'un bien et aussi justement être considéré comme revenu tiré d'une entreprise» est souvent pertinent. Devant la tâche délicate qui consiste à décider si des recettes données proviennent d'une entreprise ou de biens, les tribunaux ont appliqué certains critères ou indices déterminés relativement à ce qui constitue une activité commerciale et, lorsque le contribuable est une société, ils ont eu recours à la présomption que son revenu est tiré de l'exploitation d'une entreprise. J'examinerai ces points dans l'ordre inverse.

It is frequently stated in both the English and Canadian case law that there is in the case of a corporate taxpayer a rebuttable presumption that income received from or generated by an activity done in pursuit of an object set out in the corporation's constating documents is income from a business. This presumption appears to have originated in a comment made by Jessel M.R. in *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247. There, the Master of the Rolls said at pp. 260-61:

Il est souvent dit aussi bien dans la jurisprudence anglaise que canadienne qu'il existe dans le cas d'une société-contribuable une présomption réfutable que le revenu tiré d'une activité relevant d'un objet énoncé dans les statuts de la société ou produit par cette activité provient de l'exploitation d'une entreprise. Cette présomption paraît remonter à une observation faite par le maître des rôles Jessel dans l'affaire *Smith v. Anderson* (1880), 15 Ch. D. 247. Aux pages 260 et 261, le maître des rôles a dit:

You cannot acquire gain by means of a company except by carrying on some business or other, and I have no doubt if any one formed a company or association for the purpose of acquiring gain, he must form it for the purpose of carrying on a business by which gain is to be obtained.

[TRADUCTION] On ne peut tirer des gains d'une société qu'en exploitant une entreprise quelconque et je n'ai aucun doute que si quelqu'un formait une société ou une association dans le but de réaliser un gain, il devrait le faire dans le but d'exploiter une entreprise à but lucratif.

. . .

When you come to an association or company formed for a purpose, you say at once that it is a business, because there you have that from which you would infer continuity; it is formed to do that and nothing else, and, therefore, at once you would say that the company carried on a business. So in the ordinary case of investments, a man who has money to invest, invests his money and he may occasionally sell the investments and buy others, but he is not carrying on a business. But

. . .

Quand on se trouve en présence d'une association ou d'une société constituée avec un but déterminé, on se dit aussitôt que c'est une entreprise, parce qu'elle comporte les éléments qui permettent de supposer sa continuité; c'est là sa seule et unique raison d'être et, en conséquence, on dirait immédiatement que la société exploite une entreprise. Ainsi, ce qui arrive normalement en matière de placements est que celui qui a de l'argent à placer le place et il peut à l'occasion vendre les valeurs

when you have an association formed, or where an individual makes it his continuous occupation—the business of his life to buy and sell securities—he is called a stock-jobber or share-jobber, and nobody doubts for a moment that he is carrying on business. So, if a company is formed for doing the very same thing, that is for investing money belonging to persons in the purchase of stocks and shares, and changing them from time to time, either with limited or unlimited powers, I should say there can be no question that they are carrying on a business, whether you call it a business of investment or a business of dealing in securities, or, as in the case before me, both the business of investment and the business of dealing in securities.

The presumption was applied again for the purpose of distinguishing between business and other income in *Commissioners of Inland Revenue v. Korean Syndicate, Ltd.* (1921), 12 T.C. 181 (C.A.) The Court of Appeal considered that the fact that the taxpayer was a company in existence for some particular purpose "is a matter to be considered when you come to decide whether doing that is carrying on a business or not" (at p. 202). Most recently, in England, the presumption appears to have been extended to corporations with a profit-making purpose and not just corporations whose precise objects are set out in their constating documents. In *American Leaf Blending Co. v. Director-General of Inland Revenue*, [1979] A.C. 676 (P.C.), Lord Diplock stated that "in the case of a company incorporated for the purpose of making profits for its shareholders any gainful use to which it puts any of its assets prima facie amounts to the carrying on of a business" (at p. 684).

In Canada, the presumption was employed by Duff J. (as he then was) in the case of *Anderson Logging Co. v. The King*, [1925] S.C.R. 45. Duff J., in a passage often cited by subsequent authority, said at p. 56:

The sole *raison d'être* of a public company is to have a business and to carry it on. If the transaction in question belongs to a class of profit making operations contemplated by the memorandum of association, *prima facie*,

qu'il a acquises pour en acheter d'autres, mais il n'exploite pas à ce moment-là une entreprise. Toutefois, quand une association est formée à cette fin ou lorsqu'une personne fait de la vente et de l'achat de valeurs mobilières son occupation permanente, lorsqu'elle y gagne sa vie, on l'appelle un *stock-jobber* ou un *share-jobber* et personne ne doute pour un instant qu'elle exploite une entreprise. Donc, si une société est formée pour faire exactement la même chose, c'est-à-dire pour placer dans des actions de l'argent appartenant à des particuliers et pour modifier ces placements de temps à autre, que les pouvoirs de son mandat soient limités ou illimités, je dirais qu'il ne fait pas de doute qu'il s'agit de l'exploitation d'une entreprise, que l'on qualifie celle-ci d'entreprise de placement ou d'entreprise d'achat et de vente de valeurs mobilières ou, comme dans la présente espèce, d'une entreprise comportant les deux éléments.

Dans l'arrêt *Commissioners of Inland Revenue v. Korean Syndicate, Ltd.* (1921), 12 T.C. 181 (C.A.), la présomption a été appliquée une fois de plus afin de distinguer un revenu tiré d'une entreprise d'autres types de revenus. La Cour d'appel a estimé que le fait que le contribuable était une société qui existait dans un but précis [TRADUCTION] «est un élément qui doit entrer en ligne de compte lorsqu'il s'agit de déterminer si cette activité constitue l'exploitation d'une entreprise» (à la p. 202). Très récemment, en Angleterre, la présomption paraît avoir été appliquée aussi à des sociétés à but lucratif et non pas simplement à des sociétés dont les objets précis sont énoncés dans leurs statuts. En effet, dans l'arrêt *American Leaf Blending Co. v. Director-General of Inland Revenue*, [1979] A.C. 676 (P.C.), lord Diplock a affirmé que [TRADUCTION] «Lorsqu'il s'agit ... d'une compagnie constituée dans le but de rapporter des bénéfices à ses actionnaires, ... la rentabilisation des actifs de cette compagnie constitue à première vue l'exploitation d'une entreprise» (à la p. 684).

Au Canada, le juge Duff, tel était alors son titre, a eu recours à cette présomption dans l'affaire *Anderson Logging Co. v. The King*, [1925] R.C.S. 45. Dans un passage qui a souvent été cité par la suite, le juge Duff a dit, à la p. 56:

[TRADUCTION] La seule raison d'être d'une compagnie publique, c'est de posséder et d'exploiter une entreprise. Si l'opération en cause appartient à une catégorie d'opérations lucratives que prévoit l'acte constitutif, du

at all events, the profit derived from it is a profit derived from the business of the company.

The existence of the presumption was also noted by Locke J. in *Western Leaseholds Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1960] S.C.R. 10 and it has been applied in many subsequent cases: see, for example, *Queen & Metcalfe Carpark Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1973] C.T.C. 810, 74 D.T.C. 6007 (F.C.T.D.), aff'd [1976] C.T.C. xvi (F.C.A.); *Fontaine Watch Co. v. Minister of National Revenue*, 60 D.T.C. 535 (T.A.B.); *M. R. T. Investments Ltd. v. The Queen*, [1976] 1 F.C. 126, 75 D.T.C. 5224, aff'd 76 D.T.C. 6158 (F.C.A.) Indeed, although strictly speaking not relevant to the disposition of this appeal, it is interesting to note that Revenue Canada itself affirms the existence of the rebuttable presumption: see Interpretation Bulletin IT-73R3, paragraph 2. The case law thus provides ample support for the existence of the presumption and, in my view, rightly so. An inference that income is from a business seems to be an eminently logical one to draw when a company derives income from a business activity in which it is expressly empowered to engage.

The traditional expression of the presumption restricts its application to corporations whose corporate objects are expressly set out in their constating documents. Corporations formed under the *Canada Business Corporations Act*, S.C. 1974-75-76, c. 33, the Ontario *Business Corporations Act, 1982*, S.O. 1982, c. 4, and similar legislation do not need to list their corporate objects. These statutes have simply provided that corporations have the capacity and the rights, powers and privileges of a natural person (Canadian Act, s. 15; Ontario Act, s. 15). Accordingly, an issue may be raised some day as to whether the presumption applies to such corporations (or, more particularly, whether the scope of the presumption should be extended as Lord Diplock has done in the *American Leaf Blending Co.* case, *supra*) but this issue does not arise for consideration in this appeal since CMC, being incorporated in 1902 under *The Ontario Companies Act*, R.S.O. 1897, c. 191, and continued in 1903 under a special federal statute

moins au premier abord, le bénéfice qu'elle en tire est un bénéfice tiré de l'entreprise de la compagnie.

L'existence de la présomption a également été soulignée par le juge Locke dans l'arrêt *Western Leaseholds Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1960] R.C.S. 10 et elle a été appliquée dans bien des décisions subséquentes: voir, par exemple, *Queen & Metcalfe Carpark Ltd. c. Ministre du Revenu national*, [1973] C.T.C. 810, 74 D.T.C. 6007 (C.F.D.P.I.), confirmé par [1976] C.T.C. xvi (C.A.F.); *Fontaine Watch Co. v. Minister of National Revenue*, 60 D.T.C. 535 (C.A.I.); *M. R. T. Investments Ltd. c. La Reine*, [1976] 1 C.F. 126, 75 D.T.C. 5224, confirmé par 76 D.T.C. 6158 (C.A.F.) En fait, bien que cela ne soit pas réellement pertinent en l'espèce, il est intéressant de noter que Revenu Canada lui-même affirme l'existence de la présomption réfutable: voir Bulletin d'interprétation IT-73R3, alinéa 2. L'existence de la présomption est donc amplement appuyée par la jurisprudence et, à mon avis, à bon droit. Lorsqu'une société tire un revenu d'une activité commerciale à laquelle elle est expressément autorisée à se livrer, il paraît éminemment logique de conclure que ce revenu provient de l'exploitation d'une entreprise.

La formulation traditionnelle de la présomption limite son application à des sociétés dont les objets sont expressément énoncés dans leurs statuts. Les sociétés constituées en vertu de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes*, S.C. 1974-75-76, chap. 33, de la *Loi de 1982 sur les compagnies*, L.O. 1982, chap. 4, et de textes analogues n'ont pas à énumérer leurs objets. Ces lois prévoient simplement que les sociétés possèdent la capacité et les droits, pouvoirs et privilèges d'une personne physique (loi canadienne, art. 15; loi ontarienne, art. 15). Par conséquent, il se peut qu'un jour se pose la question de savoir si la présomption s'applique à ces sociétés (ou, plus particulièrement, si on doit en élargir la portée comme l'a fait lord Diplock dans l'arrêt *American Leaf Blending Co.*, précité), mais cette question n'est pas en litige en l'espèce puisque CMC, ayant été constituée en 1902 sous le régime de *The Ontario Companies Act*, R.S.O. 1897, chap. 191 et maintenue en 1903 par une loi fédérale spéciale

(*An Act to incorporate the Marconi Wireless Telegraph Company of Canada, Limited*, S.C. 1903, c. 149) was required to state its objects. Section 21 of this federal statute was amended (by *An Act respecting Canadian Marconi Company*, S.C. 1935, c. 70, s. 3), to provide that CMC:

> ... may take or otherwise acquire and hold shares, debentures or other securities of any other company having objects altogether or in part similar to those of the Company, or carrying on any business capable of being conducted so as, directly or indirectly, to benefit the Company, and to sell or otherwise deal with the same.

Thus, CMC had a specific "investment business" object and the traditional rebuttable presumption, in my view, applies in favour of its investment income's being characterized as income from a business. Indeed, even if CMC's investment objects were not expressed, I believe that a broader form of the presumption should apply. In a general sense CMC was incorporated to earn income by doing business. There is no reason why any income earned by it should not be considered as *prima facie* income from a business so long as it is recognized that the presumption is a rebuttable one. This approach has commended itself to courts even where no express object was contained in the constating documents: see, for example, *Supreme Theatres Ltd. v. The Queen*, 81 D.T.C. 5136 (F.C.T.D.), and *Fontaine Watch Co. v. Minister of National Revenue*, *supra*.

As I have indicated, the presumption that income earned by a corporate taxpayer in the exercise of its duly authorized objects is income from a business is rebuttable. For example, in *Sutton Lumber and Trading Co. v. Minister of National Revenue*, [1953] 2 S.C.R. 77, the appellant successfully rebutted the presumption and in *Burri v. The Queen*, 85 D.T.C. 5287 (F.C.T.D.), Strayer J., although questioning the existence of the presumption (pp. 5289-90), held that if such existed it was rebutted on the facts before him. The question whether particular income is income

(un *Acte constituant en corporation la compagnie dite The Marconi Wireless Telegraph Company of Canada, à responsabilité limitée*, S.C. 1903, chap. 149), était obligée d'énoncer ses objets. L'article 21 de cette loi fédérale a été modifié (par la *Loi concernant la «Canadian Marconi Company»*, S.C. 1935, chap. 70, art. 3), de manière à porter que CMC:

> ... peut recevoir ou autrement acquérir et détenir des actions, débentures ou autres titres de toute autre compagnie dont les objets sont en totalité ou en partie semblables à ceux de la compagnie, ou qui exerçe (*sic*) une industrie susceptible d'être conduite de façon à profiter directement ou indirectement à la Compagnie, et les vendre ou autrement en disposer.

Il en ressort que CMC avait comme objet précis l'exploitation d'une «entreprise de placement» et, à mon avis, la présomption réfutable traditionnelle s'applique de sorte que le revenu de ses placements peut être qualifié de revenu tiré d'une entreprise. En fait, je crois que, même si les objets de CMC en matière de placements n'avaient pas été exprimés, il y aurait eu lieu d'appliquer une variante plus large de la présomption. D'une manière générale, CMC a été constituée pour produire un revenu par l'exploitation d'une entreprise. Il n'y a donc aucune raison pour laquelle un revenu gagné par elle ne devrait pas être considéré au premier abord comme un revenu tiré d'une entreprise, à condition qu'on ne perde pas de vue le caractère réfutable de la présomption. Telle a été l'opinion des tribunaux, même lorsque les statuts ne contenaient pas d'énoncé exprès d'objets: voir, par exemple, *Supreme Theatres Ltd. c. La Reine*, 81 D.T.C. 5136 (C.F.D.P.I.), et *Fontaine Watch Co. v. Minister of National Revenue*, précité.

Comme je l'ai déjà fait remarquer, la présomption selon laquelle le revenu que tire une société-contribuable d'activités conformes à ses objets dûment autorisés constitue un revenu provenant d'une entreprise, est réfutable. Par exemple, dans l'affaire *Sutton Lumber and Trading Co. v. Minister of National Revenue*, [1953] 2 R.C.S. 77, l'appelante a réussi à réfuter la présomption et, dans l'affaire *Burri c. La Reine*, 85 D.T.C. 5287 (C.F.D.P.I.), le juge Strayer, bien que doutant de l'existence de la présomption (aux pp. 5289 et 5290), a conclu que si elle existait elle avait été

from business or property remains a question of fact in every case. However, the fact that a particular taxpayer is a corporation is a very relevant matter to be considered because of the existence of the presumption and its implications in terms of the evidentiary burden resting on the appellant. The Federal Court of Appeal does not appear to me to have given adequate consideration to this aspect of the case, namely that CMC was a company with an investment object in its constating document.

The evidence at trial was far from offsetting the effect of the presumption; indeed, if anything, it tended to support it. It is trite law that the characterization of income as income from a business or income from property must be made from an examination of the taxpayer's whole course of conduct viewed in the light of surrounding circumstances: see *Cragg v. Minister of National Revenue*, [1952] Ex. C.R. 40, *per* Thorson P. at p. 46. In following this method courts have examined the number of transactions, their volume, their frequency, the turnover of the investments and the nature of the investments themselves. In this case the Federal Court of Appeal noted the extensive activities of CMC's employees in purchasing short-term investments, the large number and high value of those transactions, the high proportion which the interest earned bore to the total income of the company and the high proportion which the total value of the investments bore to the total value of CMC's assets. But it perceived a number of considerations which it thought were "overriding", namely:

(1) the funds were derived from the sale of the broadcasting division and were set aside for the purchase of new capital assets;

(2) the considerable activity involved in purchasing the investments were "a necessary consequence of the need to hold investments in liquid form, in the form of paper that could be quickly converted into cash"; and

(3) few employees were involved and not a great deal of staff time was expended.

réfutée d'après les faits. La question de savoir si un revenu donné constitue un revenu tiré d'une entreprise ou un revenu provenant de biens reste toujours une question de fait. Toutefois, le fait qu'un contribuable est une société est un facteur très pertinent en raison de l'existence de la présomption et de ce qui en découle du point de vue de la charge de la preuve qui incombe à l'appelante. À ce qu'il me semble, la Cour d'appel fédérale n'a pas attaché suffisamment d'importance à cet aspect de l'affaire, savoir que CMC est une société dont un objet, de par ses statuts, est d'effectuer des placements.

La preuve produite en première instance, bien loin de faire échec à la présomption, tend à l'étayer. C'est un lieu commun que, pour déterminer si un revenu provient d'une entreprise ou de biens, on doit examiner la conduite générale du contribuable à la lumière des circonstances qui s'y rapportent: voir *Cragg v. Minister of National Revenue*, [1952] R.C. de l'É. 40, motifs du président Thorson, à la p. 46. En se servant de cette méthode, les tribunaux ont pris en considération le nombre d'opérations, leur importance, leur fréquence, la rotation des placements et la nature des placements eux-mêmes. En l'espèce, la Cour d'appel fédérale a souligné l'ampleur des activités des employés de CMC reliées à l'achat de valeurs à court terme, le grand nombre et la valeur élevée de ces opérations, la forte proportion des intérêts reçus par rapport au revenu global de la société ainsi que la forte proportion de la valeur totale des placements par rapport à la valeur totale de l'actif de CMC. Elle a toutefois constaté l'existence de plusieurs considérations qu'elle a jugées «primordiales», savoir:

(1) les fonds provenaient de la vente du service de radiodiffusion et ont été mis de côté pour l'achat de nouvelles immobilisations;

(2) l'activité considérable déployée dans l'achat des valeurs «découlait nécessairement du besoin de conserver les placements sous forme d'avoirs liquides, sous forme d'effets qu'on pouvait convertir rapidement en espèces»; et

(3) peu d'employés y étaient engagés et le personnel n'y a pas consacré beaucoup de temps.

I shall deal with the first two together since they are both premised on the relevance of the taxpayer's business strategy. The assertion is, as I understand it, that the taxpayer's business strategy was to hold these funds as a temporary investment and that any investment activity was necessarily a result of that business strategy. But is the taxpayer's business strategy relevant to the issue before us? It seems to me that it is not.

The commercial reality in this case is that the taxpayer, perhaps unwillingly and contrary to its business strategy, has been compelled to enter the investment business rather than the electronic manufacturing or broadcasting business. The fact that the taxpayer might prefer or hope to be in the manufacturing business and not the investment business does not, however, appear to me to be relevant. The relevant inquiry is whether in fact he is in the investment business.

In *Western Leaseholds Ltd. v. Minister of National Revenue*, *supra*, the issue was whether the proceeds from sales of mineral rights by the taxpaying corporation were business income. The Crown argued that the proceeds were not business income and in support of its position cited the fact that the corporation intended at the outset that its main business should be in the production and sale of oil, not transactions in mineral rights. The plan was to use the proceeds of the transactions in mineral rights to finance the production of oil. Locke J. for the Court held that this intention was an "irrelevant circumstance in determining whether what was done was in truth the carrying on of a business for the purpose of making profit" (at p. 24). Similarly, the fact that the taxpayer here wanted his investments to be kept as liquid as possible so that, if the right opportunity arose, it could wind up its investment business and put its funds into that new business opportunity, does not alter the fact that the extent of the taxpayer's investment activity in the meantime was such as to constitute the earnings from it income from a

J'étudierai les deux premières considérations ensemble puisqu'elles sont fondées l'une et l'autre sur la pertinence de la stratégie d'affaires de la contribuable. Ce qu'on fait valoir, si je comprends bien, est que la contribuable a adopté comme stratégie d'affecter ces fonds à des placements temporaires et que toute activité de placement résultait nécessairement de l'application de cette stratégie. Mais la stratégie d'affaires de la contribuable est-elle pertinente dans le présent litige? Il me semble que non.

Voici la réalité commerciale telle qu'elle se présente en l'espèce: la contribuable, peut-être involontairement et contrairement à sa stratégie d'affaires, s'est vue dans l'obligation de se lancer dans une entreprise de placement plutôt que d'exploiter une entreprise de fabrication dans le domaine de l'électronique ou une entreprise de radiodiffusion. Le fait que la contribuable pût préférer ou espérer exploiter une entreprise de fabrication au lieu de l'entreprise de placement ne me paraît cependant pas pertinent. La question qu'il faut se poser est de savoir si en fait elle exploite une entreprise de placement.

Dans l'affaire *Western Leaseholds Ltd. v. Minister of National Revenue*, précitée, la question était de savoir si le produit de la vente de droits miniers par la société-contribuable constituait un revenu tiré d'une entreprise. Sa Majesté a soutenu qu'il ne s'agissait pas d'un revenu provenant d'une entreprise et, à l'appui de son point de vue, a allégué que la société avait envisagé dès le départ de se livrer principalement à la production et à la vente de pétrole et non pas à des opérations reliées aux droits miniers. Elle se proposait d'utiliser le produit de la vente de ceux-ci pour financer la production de pétrole. Le juge Locke, au nom de la Cour, a conclu que cela était une [TRADUCTION] «circonstance dont on ne devait pas tenir compte pour déterminer si ce qui a été fait constituait en vérité l'exploitation d'une entreprise dans le but de réaliser un bénéfice» (à la p. 24). De même, malgré le fait que la contribuable en l'espèce a voulu que ses placements conservent la plus grande liquidité possible afin qu'elle puisse, si l'occasion se présentait, liquider son entreprise de placement pour réinvestir ses fonds dans la nou-

business. In *Gunnar Mining Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1968] S.C.R. 226, where the characterization of interest receipts from short-term investments was in issue, Spence J. clearly thought that the taxpayer's objective of maintaining liquidity was irrelevant. At page 233 he stated:

> ... during the tax exempt period the appellant was operating two businesses—firstly, a mining business, and secondly, an investment business, and the fact that its purpose in operating the second business was so that it might accumulate funds in a readily realizable form with which it could pay off the 5 per cent sinking fund debentures if they became due makes it nonetheless the operation of a second business.

I would respectfully adopt the reasoning of Locke J. and Spence J. in these two cases.

The Federal Court of Appeal was also influenced by its finding that few employees were involved in the company's investment activity and not a great deal of staff time was expended. While these are undoubtedly relevant considerations, it is important not to give them inordinate weight. In *M. R. T. Investments Ltd. v. The Queen*, *supra*, two of the three corporate taxpayers who were engaged in lending money by way of mortgages on real estate were held to be earning income from a business, despite the fact that the three companies were not paying salaries or rent for office space and despite the fact that they did not even have employees working for them. The presumption which I have discussed above and the day-to-day intervention of the officers and directors of the company in the company's business were enough to characterize the income as business income. It has also been repeatedly stressed that a large organization is not required for an "adventure or concern in the nature of trade": see, for example, *Minister of National Revenue v. Taylor*, [1956-60] Ex. C.R. 3.

velle entreprise, il reste que l'ampleur des activités de placement auxquelles s'est livrée la contribuable en attendant a été telle que les recettes en provenant constituent un revenu tiré d'une entreprise. Dans l'affaire *Gunnar Mining Ltd. v. Minister of National Revenue*, [1968] R.C.S. 226, où la question était de savoir comment qualifier les intérêts produits par des placements à court terme, le juge Spence a été manifestement d'avis que le but de maintenir la liquidité des fonds visé par la contribuable ne devait pas entrer en ligne de compte. À la page 233, il a dit:

> [TRADUCTION] ... pendant le temps où elle bénéficiait d'une exonération d'impôt l'appelante exploitait deux entreprises—premièrement, une entreprise minière et, deuxièmement, une entreprise de placement et, bien qu'elle ait exploité celle-ci afin de réunir des fonds sous une forme facilement réalisable avec lesquels elle pourrait payer les débentures à fonds d'amortissement portant intérêt au taux de 5 p. 100, si elles venaient à échéance, il ne s'agit pas moins de l'exploitation d'une seconde entreprise.

Avec égards, je fais mien le raisonnement du juge Locke et du juge Spence dans ces deux affaires.

La Cour d'appel fédérale s'est fondée en outre sur sa conclusion que peu d'employés s'occupaient des activités de placement de la société et que le personnel n'y a pas consacré beaucoup de temps. Quoique ces considérations soient incontestablement pertinentes, il ne faut pas en exagérer l'importance. Dans l'affaire *M. R. T. Investments Ltd. c. La Reine*, précitée, on a conclu que deux sociétés-contribuables sur trois qui se prêtaient sur hypothèque tiraient un revenu d'une entreprise, malgré le fait que les trois sociétés ne payaient pas de loyers pour leurs bureaux ni de salaires et qu'elles n'avaient même pas d'employés. La présomption dont j'ai parlé précédemment ainsi que l'intervention quotidienne des membres de la direction et des administrateurs de la société dans les affaires de celle-ci ont suffi pour que le revenu soit qualifié de revenu tiré d'une entreprise. De plus, il a souvent été souligné qu'une structure complexe n'est pas nécessaire à l'existence d'un «projet comportant un risque ou [d']une affaire de caractère commercial»: voir, par exemple, *Minister of National Revenue v. Taylor*, [1956-60] R.C. de l'É. 3.

It seems to me, therefore, that two of the "overriding considerations" cited by the Court of Appeal are not relevant considerations in law. The third, while relevant, is not of sufficient weight to offset the effect of the presumption and the large scale investment activity of CMC during the years in question.

Counsel for the Crown submitted that the effect of allowing CMC's appeal would be that a tax credit intended to reduce the tax imposed on manufacturing and processing profits would be granted on income earned by means which in no way involved manufacturing or processing. But, as I read the Act, this is clearly permitted. Under s. 125.1(3) "Canadian manufacturing and processing profits" are defined as including a portion of "all amounts, each of which is the income of the corporation for the year from an active business ..." as is determined by rules prescribed by regulation. The regulation (s. 5200 of the Income Tax Regulations, SOR Cons. 1955, 1872, as amended by SOR/73-495) defines that portion as being a portion of the corporation's "adjusted business income", defined in s. 5202 of the Regulations as the amount by which income from an active business carried on in Canada exceeds the loss from an active business carried on in Canada. "Active business" is nowhere restricted to a manufacturing or processing business. If Parliament intended such a restriction, it must express itself clearly to that effect. In *Morguard Properties Ltd. v. City of Winnipeg*, [1983] 2 S.C.R. 493, Estey J., for the Court, stated at p. 509:

> ... the courts require that, in order to adversely affect a citizen's right, whether as a taxpayer or otherwise, the Legislature must do so expressly. Truncation of such rights may be legislatively unintended or even accidental, but the courts must look for express language in the statute before concluding that these rights have been reduced.

I would adopt and apply this same principle of construction to this case.

Il me semble donc que deux des «considérations primordiales» mentionnées par la Cour d'appel ne sont pas pertinentes en droit. La troisième, quoique pertinente, ne revêt pas une importance suffisante pour faire échec à la présomption et aux activités de placement de grande envergure de CMC au cours des années en question.

L'avocat de Sa Majesté a fait valoir qu'accueillir le pourvoi de CMC aurait pour effet d'accorder un crédit d'impôt destiné à réduire l'impôt sur les bénéfices de fabrication et de transformation à l'égard d'un revenu produit par des moyens qui ne comportent aucun élément de fabrication ou de transformation. Toutefois, selon moi, cela est clairement autorisé par la Loi. Selon la définition qui figure au par. 125.1(3), les «bénéfices de fabrication et de transformation au Canada» comprennent un pourcentage de «tous les montants dont chacun est le revenu que la corporation a tiré pour l'année d'une entreprise exploitée activement ...», déterminé en vertu des règles prescrites par voie de règlement. Aux termes du règlement (art. 5200 des *Règlements de l'impôt sur le revenu*, DORS Codification 1955, 1872, modifié par DORS/73-495), ce pourcentage est une fraction du «revenu rajusté tiré d'une entreprise» de la société, défini à l'art. 5202 du Règlement comme la fraction du revenu tiré d'une entreprise exploitée activement au Canada qui est en sus des pertes subies par une telle entreprise. Il n'y a rien qui dit qu'une «entreprise exploitée activement» doit être une entreprise de fabrication ou de transformation. Si le Parlement avait voulu apporter une telle restriction, il aurait fallu qu'il l'exprime clairement. Dans l'arrêt *Morguard Properties Ltd. c. Ville de Winnipeg*, [1983] 2 R.C.S. 493, le juge Estey, au nom de la Cour, a dit, à la p. 509:

> ... pour porter atteinte aux droits d'un administré, que ce soit à titre de contribuable ou à un autre titre, les tribunaux exigent que le législateur le fasse de façon expresse. La diminution de ces droits peut ne pas avoir été législativement voulue ou même être accidentelle, mais les cours doivent trouver dans la loi des termes exprès pour conclure que ces droits ont été diminués.

J'adopterais et appliquerais ce même principe d'interprétation en l'espèce.

4. Disposition

For these reasons I would allow the appeal and refer the matter back to the Minister of National Revenue for the appropriate re-assessments for the 1973, 1974, 1975 and 1976 taxation years. I would allow the appellant its costs throughout.

Appeal allowed with costs

Solicitors for the appellant: Ogilvy, Renault, Montréal.

Solicitor for the respondent: Frank Iacobucci, Ottawa.

4. Dispositif

Pour ces motifs je suis d'avis d'accueillir le pourvoi et de renvoyer l'affaire au ministre du Revenu national pour qu'il procède aux nouvelles cotisations requises à l'égard des années d'imposition 1973, 1974, 1975 et 1976. Je suis d'avis d'adjuger à l'appelante ses dépens dans toutes les cours.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Ogilvy, Renault, Montréal.

Procureur de l'intimée: Frank Iacobucci, Ottawa.

Royal Trustco Limited, Kenneth Alan White, John Dykes Allan, the Honourable Reginald James Balfour, Robert Gilmour Bentall, George Drummond Birks, Donald Newton Byers, James McIntyre Cameron, Alistair Matheson Campbell, Keith Campbell, Charles Joseph Clark, Henry Collingwood, Fraser Matthews Fell, Eric Lyon Hamilton, Conrad Fetherstonaugh Harrington, Frederick William Pryce Jones, Egerton Warren King, Angus Athole MacNaughton, John Frederick McDougall, the Honourable Maurice Riel, John Merton Scholes, David George Waldon, Allan Walters and Marshall Mackenzie Williams *Appellants*

v.

Frederick Herbert Sparling, Director appointed under section 253 of the *Canada Business Corporations Act* *Respondent*

INDEXED AS: SPARLING *v.* ROYAL TRUSTCO LTD.

File No.: 18597.

1986: November 3; 1986: November 6.

Present: Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Corporations — Take-over bids — Directors' circular of offeree corporation failing to meet statutory disclosure requirements — Director appointed by Minister under s. 253 of the Canada Business Corporations Act entitled to bring action for compensation on behalf of the aggrieved shareholders — Director's action may be brought against both the offeree corporation and its directors.

Held: The appeal should be dismissed for the reasons given in the Ontario Court of Appeal.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1984), 6 D.L.R. (4th) 682, 24 B.L.R. 145, 45 O.R. (2d) 484, 1 O.A.C. 279, allowing respondent's appeal from a judgment of Trainor J. (1983), 143 D.L.R. (3d) 112, 21 B.L.R. 97, 32 C.P.C. 291, striking out certain portions of respondent's statement of claim. Appeal dismissed.

Royal Trustco Limited, Kenneth Alan White, John Dykes Allan, l'honorable Reginald James Balfour, Robert Gilmour Bentall, George Drummond Birks, Donald Newton Byers, James McIntyre Cameron, Alistair Matheson Campbell, Keith Campbell, Charles Joseph Clark, Henry Collingwood, Fraser Matthews Fell, Eric Lyon Hamilton, Conrad Fetherstonaugh Harrington, Frederick William Pryce Jones, Egerton Warren King, Angus Athole MacNaughton, John Frederick McDougall, l'honorable Maurice Riel, John Merton Scholes, David George Waldon, Allan Walters et Marshall Mackenzie Williams *Appelants*

c.

Frederick Herbert Sparling, directeur nommé en vertu de l'article 253 de la *Loi sur les sociétés commerciales canadiennes* *Intimé*

RÉPERTORIÉ: SPARLING *c.* ROYAL TRUSTCO LTD.

N° du greffe: 18597.

1986: 3 novembre; 1986: 6 novembre.

Présents: Les juges Estey, McIntyre, Chouinard, Wilson et La Forest.

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

Compagnies — Offres de prise de contrôle — Circulaire des administrateurs de la société pollicitée non conforme aux exigences légales en matière de divulgation — Droit du directeur, nommé par le ministre en vertu de l'art. 253 de la Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, d'intenter une action en indemnisation au nom des actionnaires lésés — L'action du directeur peut être intentée à la fois contre la société pollicitée et contre ses administrateurs.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté pour les motifs donnés par la Cour d'appel de l'Ontario.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1984), 6 D.L.R. (4th) 682, 24 B.L.R. 145, 45 O.R. (2d) 484, 1 O.A.C. 279, qui a accueilli l'appel interjeté par l'intimé contre la décision du juge Trainor (1983), 143 D.L.R. (3d) 112, 21 B.L.R. 97, 32 C.P.C. 291, de radier certaines parties de la déclaration de l'intimé. Pourvoi rejeté.

W. A. Kelly, Q.C., and *R. D. Collins*, for the appellant Royal Trustco Ltd.

J. J. Robinette, Q.C., and *H. C. G. Underwood*, for the other appellants.

E. R. Murray, Q.C., and *N. Gillespie*, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—Assisted by the concise and comprehensive submissions by all counsel, the Court has concluded that all the issues raised in this appeal were fully and correctly dealt with by the Court of Appeal, speaking through Cory J.A. This appeal is, accordingly, dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant Royal Trustco Ltd.: Fasken & Calvin, Toronto.

Solicitors for the other appellants: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Solicitors for the respondent: Cassels, Brock & Blackwell, Toronto.

W. A. Kelly, c.r., et *R. D. Collins*, pour l'appelante Royal Trustco Ltd.

J. J. Robinette, c.r., et *H. C. G. Underwood*, pour les autres appelants.

E. R. Murray, c.r., et *N. Gillespie*, pour l'intimé.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Grâce aux plaidoiries concises et complètes de tous les avocats, la Cour a conclu que toutes les questions soulevées par ce pourvoi ont été entièrement et correctement réglées en Cour d'appel, par la voix du juge Cory. Le pourvoi est donc rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante Royal Trustco Ltd.: Fasken & Calvin, Toronto.

Procureurs des autres appelants: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Procureurs de l'intimé: Cassels, Brock & Blackwell, Toronto.

Air Canada *Appellant*

v.

The Attorney General of British Columbia *Respondent*

INDEXED AS: AIR CANADA *v.* BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL)

File No.: 18089.

1985: November 4; 1986: November 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Crown — Proceedings against the Crown — Petition of right — Fiat — Appellant seeking redress from Crown for benefits obtained pursuant to an invalid statute — Fiat refused by Lieutenant Governor on advice of provincial Attorney General — Whether mandamus may be issued to direct Attorney General to advise Lieutenant Governor to grant fiat — Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, c. 86.

Appellant had in a separation action sought a declaration that the British Columbia *Gasoline Tax Act* was *ultra vires* and a declaration that it was entitled to be reimbursed all monies paid after August 1, 1974. For the monies paid before that date, however, appellant, in conformity with the *Crown Proceeding Act*, issued a petition of right seeking substantially the same relief. This Act preserved the traditional method of suit against the Crown by way of petition of right with respect to causes of action that arose before August 1, 1974, and required those seeking redress from the Crown to obtain a fiat. The provincial Attorney General advised the Executive Council to recommend that the Lieutenant Governor deny the fiat and he did. Appellant then applied to the Supreme Court of British Columbia pursuant to the *Judicial Review Procedure Act* for an order in the nature of mandamus to compel the Attorney General to consider the petition of right and then to advise the Lieutenant Governor whether to grant his fiat. The application was dismissed and the judgment affirmed by a majority of the Court of Appeal. This appeal is to determine whether an order may be issued directing a provincial Attorney General to advise the Lieutenant Governor to grant a fiat to a petition of right under which a claim is made for the return of money

Air Canada *Appelante*

c.

Le procureur général de la Colombie-Britannique *Intimé*

RÉPERTORIÉ: AIR CANADA *c.* COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL)

N° du greffe: 18089.

1985: 4 novembre; 1986: 27 novembre.

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

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

Couronne — Poursuites contre Sa Majesté — Pétition de droit — Autorisation — L'appelante cherche à obtenir un redressement de la part de Sa Majesté pour des avantages obtenus en vertu d'une loi invalide — Autorisation refusée par le lieutenant-gouverneur sur le conseil du procureur général de la province — Un mandamus peut-il être délivré pour enjoindre au procureur général de conseiller au lieutenant-gouverneur d'accorder l'autorisation? — Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, chap. 86.

L'appelante a, dans une action distincte, cherché à obtenir un jugement déclaratoire portant que la *Gasoline Tax Act* de la Colombie-Britannique était *ultra vires* et un jugement déclaratoire portant qu'elle avait le droit d'obtenir qu'on lui rembourse toutes les sommes d'argent payées après le 1er août 1974. Toutefois, pour les sommes d'argent payées avant cette date, l'appelante, conformément à la *Crown Proceeding Act*, a présenté une pétition de droit visant à obtenir substantiellement le même redressement. En ce qui concerne les causes d'action qui ont pris naissance avant le 1er août 1974, cette loi conservait la méthode traditionnelle de poursuite contre Sa Majesté par voie de pétition de droit qui oblige ceux qui cherchent à obtenir un redressement de la part de Sa Majesté d'obtenir une autorisation. Le procureur général de la province a conseillé au conseil exécutif de recommander que le lieutenant-gouverneur refuse l'autorisation et c'est ce qu'il a fait. L'appelante a alors présenté une demande devant la Cour suprême de la Colombie-Britannique aux termes de la *Judicial Review Procedure Act* en vue d'obtenir une ordonnance de *mandamus* pour obliger le procureur général à examiner la pétition de droit et ensuite à conseiller le lieutenant-gouverneur quant à savoir s'il doit donner ou refuser son autorisation. La demande a été rejetée et le

alleged to have been levied by the province under an unconstitutional statute.

Held: The appeal should be allowed and an order in the nature of mandamus should be issued directing the Attorney General of British Columbia to advise the Lieutenant Governor to grant his fiat to the petition of right.

It has been established that a statute cannot permit the retention of monies obtained under an unconstitutional statute. Consequently, a similar result cannot be attained indirectly under a purported exercise of a discretion to refuse a fiat, whatever may be the legal foundation of that supposed discretion. The discretion to grant or refuse a fiat, like other executive powers, must be exercised in conformity with the dictates of the Constitution, and the Crown's advisers must govern themselves accordingly. Any other course would violate the federal structure of the Constitution. Under the British Columbia *Attorney General Act*, the Attorney General is the Lieutenant Governor's principal legal adviser and the legal member of the Executive Council. Though his duty, technically, is simply to advise, the issue here was a legal one and one to which there was only one answer under the Constitution. The Attorney General was bound to advise the Lieutenant Governor to grant his fiat, and the Executive Council was in turn bound to accept that advice.

Cases Cited

Applied: *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576; **referred to:** *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *British Columbia Power Corp. v. British Columbia Electric Co.*, [1962] S.C.R. 642; *Ryves v. Duke of Wellington* (1846), 9 Beav. 579, 50 E.R. 467; *In re Nathan* (1884), 12 Q.B.D. 461; *Orpen v. Attorney General for Ontario*, [1925] 2 D.L.R. 366; *Bombay and Persia Steam Navigation Co. v. MacLay*, [1920] 3 K.B. 402; *Irwin v. Grey* (1862), 3 F. & F. 635, 176 E.R. 290; *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735; *Teh Cheng Poh v. Public Prosecutor, Malaysia*, [1980] A.C. 458; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries & Food*, [1968] A.C. 997.

jugement a été confirmé par la Cour d'appel à la majorité. Le présent pourvoi a pour but de déterminer si on peut ordonner au procureur général d'une province de conseiller au lieutenant-gouverneur d'autoriser une pétition de droit en vertu de laquelle une réclamation est présentée en vue de recouvrer une somme d'argent que la province aurait perçue aux termes d'une loi inconstitutionnelle.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli et une ordonnance de *mandamus* est délivrée pour enjoindre au procureur général de la Colombie-Britannique de conseiller au lieutenant-gouverneur d'accorder son autorisation à la pétition de droit.

Il a été établi qu'une loi ne peut permettre de conserver une somme d'argent obtenue en vertu d'une loi inconstitutionnelle. En conséquence, un résultat semblable ne peut être atteint parce qu'il a la prétention d'être l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de refuser une autorisation, quel que soit le fondement juridique de ce supposé pouvoir discrétionnaire. Le pouvoir discrétionnaire d'accorder ou de refuser une autorisation, comme d'autres pouvoirs exécutifs, doit être exercé conformément aux préceptes de la Constitution et les conseillers de Sa Majesté doivent s'y conformer. Toute autre manière d'agir violerait la structure fédérale de la Constitution. Aux termes de l'*Attorney General Act*, le procureur général est le principal conseiller juridique du lieutenant-gouverneur et le membre juriste du conseil exécutif. Bien que, techniquement, son rôle consiste simplement à conseiller, la question en l'espèce a un caractère juridique, à laquelle il n'y a qu'une seule réponse aux termes de la Constitution. Le procureur général est tenu de conseiller au lieutenant-gouverneur d'accorder son autorisation et le conseiller exécutif est lui aussi tenu d'accepter cette recommandation.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576; **arrêts mentionnés:** *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *British Columbia Power Corp. v. British Columbia Electric Co.*, [1962] R.C.S. 642; *Ryves v. Duke of Wellington* (1846), 9 Beav. 579, 50 E.R. 467; *In re Nathan* (1884), 12 Q.B.D. 461; *Orpen v. Attorney General for Ontario*, [1925] 2 D.L.R. 366; *Bombay and Persia Steam Navigation Co. v. MacLay*, [1920] 3 K.B. 402; *Irwin v. Grey* (1862), 3 F. & F. 635, 176 E.R. 290; *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735; *Teh Cheng Poh v. Public Prosecutor, Malaysia*, [1980] A.C. 458; *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries & Food*, [1968] A.C. 997.

Statutes and Regulations Cited

Attorney General Act, R.S.B.C. 1979, c. 23, s. 2(a), (e).
Crown Procedure Act, R.S.B.C. 1960, c. 89 [rep. 1974, c. 24, s. 16], s. 4.
Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, c. 86.
Gasoline Tax Act, R.S.B.C. 1979, c. 152.
Interpretation Act, R.S.B.C. 1979, c. 206, s. 29 "Lieutenant Governor", "Lieutenant Governor in Council".
Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1979, c. 209.

Authors Cited

Edwards, J. Ll. J. *The Law Officers of the Crown*. London: Sweet & Maxwell, 1964.
Halsbury's Laws of England, vol. 9, 2nd ed. London: Butterworths, 1933.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1983), 47 B.C.L.R. 341, 150 D.L.R. (3d) 653, [1983] 6 W.W.R. 689, dismissing appellant's appeal from a judgment of Callaghan J. (1982), 41 B.C.L.R. 41, 141 D.L.R. (3d) 530, [1982] 6 W.W.R. 415, dismissing its petition presented pursuant to the *Judicial Review Procedure Act* of British Columbia. Appeal allowed.

D. M. M. Goldie, Q.C., and *W. S. Martin*, for the appellant.

E. R. A. Edwards, Q.C., and *Robert Vick Farley*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—The issue in this case is whether an order may be issued directing a provincial Attorney General to advise the Lieutenant Governor to grant a fiat to a petition of rights under which a claim is made for the return of money alleged to have been levied by the province under an unconstitutional statute.

In July 1980, the appellant, Air Canada, commenced an action in the Supreme Court of British Columbia seeking a declaration that the *Gasoline Tax Act*, R.S.B.C. 1979, c. 152, does not apply to Air Canada or is *ultra vires* the province, an accounting of all monies paid under that Act by

Lois et règlements cités

Attorney General Act, R.S.B.C. 1979, chap. 23, art. 2a), e).
Crown Procedure Act, R.S.B.C. 1960, chap. 89 [abr. 1974, chap. 24, art. 16], art. 4.
Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, chap. 86.
Gasoline Tax Act, R.S.B.C. 1979, chap. 152.
Interpretation Act, R.S.B.C. 1979, chap. 206, art. 29 «Lieutenant Governor», «Lieutenant Governor in Council».
Judicial Review Procedure Act, R.S.B.C. 1979, chap. 209.

Doctrine citée

Edwards, J. Ll. J. *The Law Officers of the Crown*. London: Sweet & Maxwell, 1964.
Halsbury's Laws of England, vol. 9, 2nd ed. London: Butterworths, 1933.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1983), 47 B.C.L.R. 341, 150 D.L.R. (3d) 653, [1983] 6 W.W.R. 689, qui a rejeté l'appel de l'appelante contre le jugement du juge Callaghan (1982), 41 B.C.L.R. 41, 141 D.L.R. (3d) 530, [1982] 6 W.W.R. 415, qui avait rejeté sa requête présentée aux termes de la *Judicial Review Procedure Act* de la Colombie-Britannique. Pourvoi accueilli.

D. M. M. Goldie, c.r., et *W. S. Martin*, pour l'appelante.

E. R. A. Edwards, c.r., et *Robert Vick Farley*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—La question soulevée en l'espèce est de savoir si on peut ordonner au procureur général d'une province de conseiller au lieutenant-gouverneur d'autoriser une pétition de droit en vertu de laquelle une réclamation est présentée en vue de recouvrer une somme d'argent que la province aurait perçue aux termes d'une loi inconstitutionnelle.

En juillet 1980, l'appelante, Air Canada, a intenté une action en Cour suprême de la Colombie-Britannique pour obtenir un jugement déclaratoire portant que la *Gasoline Tax Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 152, ne s'appliquait pas à Air Canada ou était *ultra vires* de la province, une reddition de

Air Canada and a declaration that the appellant is entitled to be repaid all monies paid after August 1, 1974. This action represented only a portion of Air Canada's claim. It had been paying taxes under the Act since 1937. However, as regards causes of action that arose before August 1, 1974, the *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, c. 86, preserved the traditional method of suit against the Crown by way of petition of right which requires those seeking redress from the Crown to obtain a fiat. In conformity with this procedure, Air Canada in July 1981 issued a petition of right seeking substantially the same relief as in the action described above, but for monies paid before August 1, 1974. It is with this petition of rights that we are concerned on this appeal.

The petition was duly served on the Provincial Secretary and a copy was forwarded to the provincial Attorney General. The Attorney General advised the Executive Council to recommend that the Lieutenant Governor deny the fiat. The Provincial Secretary then forwarded a copy of the petition to the Lieutenant Governor along with the following advice:

> After due deliberation and on the recommendation of the Attorney General, the Executive Council humbly advises that this is not an appropriate case for the granting of a Fiat. The Executive Council has instructed me to transmit this advice.

Pursuant to this advice, the Lieutenant Governor accordingly declined to grant the fiat and the Provincial Secretary communicated this fact to Air Canada.

Air Canada then applied to the Supreme Court of British Columbia pursuant to the *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, c. 209, for:

> (a) an order in the nature of mandamus compelling the Attorney General to consider the petition of right and then advise the Lieutenant-Governor whether to grant his fiat;

compte relative à toutes les sommes d'argent versées aux termes de cette loi par Air Canada et un jugement déclaratoire portant que l'appelante a le droit d'obtenir qu'on lui rembourse toutes les sommes d'argent payées après le 1er août 1974. Cette action représentait seulement une partie de la réclamation d'Air Canada qui a payé des taxes en vertu de la Loi depuis 1937. Toutefois, en ce qui concerne les causes d'action qui ont pris naissance avant le 1er août 1974, la *Crown Proceeding Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 86, conservait la méthode traditionnelle de poursuite contre Sa Majesté par voie de pétition de droit qui oblige ceux qui cherchent à obtenir un redressement de la part de Sa Majesté d'obtenir une autorisation. Conformément à cette procédure, Air Canada a présenté une pétition de droit en juillet 1981 visant à obtenir substantiellement le même redressement que dans l'action décrite précédemment, mais pour les sommes d'argent payées avant le 1er août 1974. Le présent pourvoi porte sur cette pétition de droit.

La pétition a été dûment signifiée au secrétaire de la province et une copie a été envoyée au procureur général de la province. Celui-ci a conseillé au conseil exécutif de recommander que le lieutenant-gouverneur refuse l'autorisation. Le secrétaire de la province a ensuite transmis une copie de la pétition au lieutenant-gouverneur avec le conseil suivant:

> [TRADUCTION] Après avoir dûment examiné la question et sur la recommandation du procureur général, le conseil exécutif estime humblement qu'il ne s'agit pas d'une affaire où il est approprié d'accorder une autorisation. Le conseil exécutif m'a chargé de transmettre cet avis.

Conformément à cet avis, le lieutenant-gouverneur a donc refusé d'accorder l'autorisation et le secrétaire de la province en a avisé Air Canada.

Air Canada a alors présenté une demande à la Cour suprême de la Colombie-Britannique aux termes de la *Judicial Review Procedure Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 209, en vue d'obtenir:

> a) une ordonnance de *mandamus* obligeant le procureur général à examiner la pétition de droit et ensuite à conseiller le lieutenant-gouverneur sur la question de savoir s'il doit donner ou refuser son autorisation;

(b) a declaration that the Attorney General has omitted to exercise his statutory power of decision to advise the Lieutenant-Governor and that he has a duty to do so;

(c) a direction to the Attorney General to reconsider and determine whether the Lieutenant-Governor should be advised to grant his fiat together with reasons.

Air Canada's application was heard by Callaghan J. who dismissed it in a judgment pronounced on October 1, 1982: 41 B.C.L.R. 41, 141 D.L.R. (3d) 530, [1982] 6 W.W.R. 415. Air Canada then appealed to the British Columbia Court of Appeal which, by majority (Taggart and Aikins JJ.A., Anderson J.A. dissenting), dismissed the appeal: (1983), 47 B.C.L.R. 341, 150 D.L.R. (3d) 653, [1983] 6 W.W.R. 689. Air Canada was then granted leave to appeal to this Court, [1983] 2 S.C.R. v.

In this Court, counsel for Air Canada did not press the arguments regarding judicial review of statutory powers, but essentially sought an order in the nature of mandamus, which formed the basis of the judgment of Anderson J.A., the dissenting judge in the Court of Appeal. Since I am substantially in agreement with Anderson J.A., I need not enter into a discussion of the other issues raised in the case.

The applicable law on this issue evolved from the well established principle that neither Parliament nor a legislature can preclude a determination of the constitutional validity of legislation. That principle was thus expressed by Laskin J. (as he then was) in *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, at p. 151:

The question of the constitutionality of legislation has in this country always been a justiciable question. Any attempt by Parliament or a Legislature to fix conditions precedent, as by way of requiring consent of some public officer or authority, to the determination of an issue of constitutionality of legislation cannot foreclose the Courts merely because the conditions remain unsatisfied.

b) un jugement déclaratoire portant que le procureur général a omis d'exercer son pouvoir de décision conféré par la loi pour conseiller le lieutenant-gouverneur alors qu'il était obligé de le faire;

c) un ordre enjoignant au procureur général d'examiner de nouveau et de trancher, avec motifs à l'appui, la question de savoir s'il faut conseiller au lieutenant-gouverneur d'accorder son autorisation.

La demande d'Air Canada a été entendue par le juge Callaghan qui l'a rejetée dans un jugement rendu le 1er octobre 1982: 41 B.C.L.R. 41, 141 D.L.R. (3d) 530, [1982] 6 W.W.R. 415. Air Canada a alors interjeté appel à la Cour d'appel de la Colombie-Britannique qui, à la majorité (les juges Taggart et Aikins, le juge Anderson étant dissident), l'a rejeté: (1983), 47 B.C.L.R. 341, 150 D.L.R. (3d) 653, [1983] 6 W.W.R. 689. Air Canada a ensuite obtenu l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour, [1983] 2 R.C.S. v.

Devant cette Cour, l'avocat d'Air Canada n'a pas insisté sur les arguments concernant le contrôle judiciaire des pouvoirs conférés par la loi, mais a essentiellement demandé une ordonnance de *mandamus*, qui formait le fondement du jugement du juge Anderson, dissident de la Cour d'appel. Étant donné que je partage en substance l'avis du juge Anderson, il n'est pas nécessaire que je discute des autres questions soulevées en l'espèce.

Le droit applicable à l'égard de cette question découle du principe bien établi selon lequel ni le Parlement ni une assemblée législative ne peut empêcher qu'une décision soit rendue sur la constitutionnalité d'une mesure législative. Ce principe a ainsi été exprimé en ces termes par le juge Laskin, alors juge puîné, dans l'arrêt *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, à la p. 151:

La question de la constitutionnalité des lois a toujours été dans ce pays une question réglable par les voies de justice. Une tentative du Parlement ou d'une législature de fixer des conditions préalables au règlement d'une question de constitutionnalité de loi, en exigeant le consentement de certains fonctionnaires publics ou de certaines autorités publiques, ne peut empêcher l'accès aux cours de justice pour la simple raison que les conditions ne sont pas remplies.

I cannot believe that if there was no *Crown Proceeding Act* permitting suits against the Crown, a court could, where the case was not frivolous, refuse access to the court to test the constitutionality of a statute simply because a fiat was refused. What is sought here, however, is more involved. The action is an attempt to obtain redress from the Crown for benefits obtained pursuant to an invalid statute.

This Court took an important step in that direction in *British Columbia Power Corp v. British Columbia Electric Co.*, [1962] S.C.R. 642. There the plaintiff sought the appointment of a receiver over property owned by a corporation whose common shares had been vested in the Crown in right of the province by a statute whose constitutional validity was contested. The Crown resisted the appointment of the receiver on the ground that this would affect its property and interests. This Court, however, rejected the Crown's contention. Kerwin C.J., giving the majority judgment, set forth the following principles at pp. 644-45:

> In a federal system, where legislative authority is divided, as are also the prerogatives of the Crown, as between the Dominion and the Provinces, it is my view that it is not open to the Crown, either in right of Canada or of a Province, to claim a Crown immunity based upon an interest in certain property, where its very interest in that property depends completely and solely on the validity of the legislation which it has itself passed, if there is a reasonable doubt as to whether such legislation is constitutionally valid. To permit it to do so would be to enable it, by the assertion of rights claimed under legislation which is beyond its powers, to achieve the same results as if the legislation were valid.

In *Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan*, [1977] 2 S.C.R. 576, this Court went further and held *ultra vires* a statute that prohibited the recovery of taxes paid under protest pursuant to an unconstitutional statute. Dickson J. (as he then was) succinctly put the principle in these terms at p. 592:

> The principle governing this appeal can be shortly and simply expressed in these terms: if a statute is found to be *ultra vires* the legislature which enacted it, legislation

Je ne peux croire que s'il n'existait pas de loi comme la *Crown Proceeding Act* qui autorise les poursuites contre Sa Majesté un tribunal pourrait, lorsque l'affaire n'est pas futile, refuser qu'on s'adresse à lui pour vérifier la constitutionnalité d'une loi simplement parce qu'une autorisation a été refusée. Toutefois, ce que l'on demande en l'espèce est plus complexe. L'action vise à obtenir un redressement de la part de Sa Majesté pour des avantages obtenus en vertu d'une loi invalide.

Cette Cour a fait un pas important dans cette direction dans l'arrêt *British Columbia Power Corp. v. British Columbia Electric Co.*, [1962] R.C.S. 642. Dans cette affaire, la demanderesse cherchait à obtenir la nomination d'un séquestre à l'égard des biens d'une société dont les actions ordinaires avaient été transférées à Sa Majesté du chef de la province par une loi dont la constitutionnalité était contestée. Sa Majesté a contesté la nomination du séquestre, invoquant que cela aurait des conséquences sur ses biens et ses intérêts. Toutefois, cette Cour a rejeté les arguments de Sa Majesté. Le juge en chef Kerwin, rendant le jugement de la majorité, a établi les principes suivants aux pp. 644 et 645:

> [TRADUCTION] À mon avis, dans un système fédératif où l'autorité législative se divise, comme les prérogatives de la Couronne, entre le Dominion et les provinces, il n'est pas permis à la Couronne, du chef du Canada ou d'une province, de réclamer une immunité fondée sur un droit dans certaine propriété, lorsque ce droit dépend entièrement et uniquement de la validité de la législation qu'elle a elle-même passée, s'il existe un doute raisonnable quant à la validité constitutionnelle de cette législation. Lui permettre d'agir ainsi serait lui permettre, par l'exercice de droits en vertu d'une législation qui excède ses pouvoirs, d'obtenir le même résultat que si cette législation était valide.

Dans l'arrêt *Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan*, [1977] 2 R.C.S. 576, cette Cour est allée plus loin et a déclaré *ultra vires* une loi qui interdisait le recouvrement de taxes payées sous réserve en vertu d'une loi inconstitutionnelle. Le juge Dickson, alors juge puîné, a résumé le principe de la manière suivante à la p. 592:

> On peut résumer le principe régissant le présent pourvoi en ces termes: si une loi est déclarée *ultra vires* de la législature qui l'a adoptée, toute législation qui aurait

which would have the effect of attaching legal consequences to acts done pursuant to that invalid law must equally be *ultra vires* because it relates to the same subject-matter as that which was involved in the prior legislation. If a state cannot take by unconstitutional means it cannot retain by unconstitutional means.

Let us examine the present situation in the light of these principles. Until the passage of the *Crown Proceeding Act*, the traditional way to sue the Crown, we saw, was by petition of right, but no court would take cognizance of a case until the Lieutenant Governor had issued his fiat. This traditional procedure has been retained in British Columbia in respect of causes of action against the Crown that arose before August 1, 1974. The present is such an action. The Lieutenant Governor has refused his fiat. Thus, if this refusal is constitutionally permissible, what *Amax* declared was not possible has been effectively, if indirectly, accomplished by the exercise of the Crown's prerogative to refuse a fiat.

In my view, if even a statute cannot permit the retention of monies obtained under an unconstitutional statute, that result cannot be achieved under a purported exercise of a discretion to refuse a fiat, whatever may be the legal foundation of that supported discretion. All executive powers, whether they derive from statute, common law or prerogative, must be adapted to conform with constitutional imperatives.

There was considerable discussion in the courts below regarding the extent of the discretion of the Lieutenant Governor to grant or deny his fiat. There are indications in some cases that there is, in effect, a duty to grant the fiat unless a claim is frivolous; see *Ryves v. Duke of Wellington* (1846), 9 Beav. 579, 50 E.R. 467, at p. 475; *In re Nathan* (1884), 12 Q.B.D. 461, at p. 479. The fiat, Bowen L.J. states in the latter case, is granted as a matter of "invariable grace" by the Crown and it is the constitutional duty of his adviser not to advise refusal of a fiat unless the claim is frivolous. In *Orpen v. Attorney General for Ontario*, [1925] 2 D.L.R. 366 (Ont. H.C.) at p. 372, however,

pour effet d'attacher des conséquences juridiques aux actes accomplis en exécution de la loi invalide est également *ultra vires* puisqu'elle a trait à l'objet même de la première loi. Un État ne peut conserver par des mesures inconstitutionnelles ce qu'il ne peut prendre par de telles mesures.

Examinons la situation présente en fonction de ces principes. Jusqu'à l'adoption de la *Crown Proceeding Act*, la manière traditionnelle de poursuivre Sa Majesté, nous l'avons vu, était la pétition de droit, mais aucun tribunal n'entendait une affaire tant que le lieutenant-gouverneur n'avait pas donné son autorisation. Cette procédure traditionnelle a été conservée en Colombie-Britannique à l'égard des causes d'action contre Sa Majesté qui ont pris naissance avant le 1er août 1974. C'est le cas de la présente action. Le lieutenant-gouverneur a refusé son autorisation. Par conséquent, si ce refus est constitutionnellement permis, ce que l'arrêt *Amax* a déclaré impossible a été en fait, quoique indirectement, accompli par l'exercice du pouvoir de prérogative de Sa Majesté de refuser l'autorisation.

À mon avis, si même une loi ne peut permettre de conserver une somme d'argent obtenue en vertu d'une loi inconstitutionnelle, ce résultat ne peut être atteint par ce qui a la prétention d'être l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire de refuser l'autorisation, quel que soit le fondement juridique de ce supposé pouvoir discrétionnaire. Tous les pouvoirs exécutifs, qu'ils découlent de la loi, de la *common law* ou d'une prérogative, doivent respecter les impératifs constitutionnels.

Les tribunaux d'instance inférieure ont beaucoup discuté de la portée du pouvoir discrétionnaire du lieutenant-gouverneur d'accorder ou de refuser son autorisation. Il y a des indications dans certaines décisions qu'il existe de fait un devoir d'accorder l'autorisation à moins que la réclamation ne soit futile; voir *Ryves v. Duke of Wellington* (1846), 9 Beav. 579, 50 E.R. 467, à la p. 475; *In re Nathan* (1884), 12 Q.B.D. 461, à la p. 479. Dans cette dernière décision, le lord juge Bowen dit que l'autorisation est accordée «invariablement» par Sa Majesté et son conseiller a l'obligation constitutionnelle de ne pas préconiser le refus d'une autorisation à moins que la réclamation ne

Riddell J. explained these remarks as simply reflecting the usual practice. The constitutional duty of the sovereign's advisers in such a case, he stated, is to act conscientiously in their best judgment (p. 375).

I need not consider which of these views should prevail in ordinary cases. For whatever discretion there may be in a non-constitutional matter, in a case like the present, the discretion must be exercised in conformity with the dictates of the Constitution, and the Crown's advisers must govern themselves accordingly. Any other course would violate the federal structure of the Constitution. Assuming there might still be a residual power to refuse a fiat in a truly frivolous case, no one can claim this is such a case, and no such contention was put forward.

It does not follow, as Taggart J.A. suggested, that if the foregoing constitutional position is correct, then there is no need for Air Canada to seek a fiat. The principle I have enunciated must be applied within the context of the institutional arrangements provided by law. The only machinery provided for obtaining a judgment for money against the Crown in circumstances like the present is, by virtue of the *Crown Proceeding Act*, by petition of rights, and to pursue a claim in that way, a fiat is necessary.

To achieve this result, Air Canada seeks to obtain an order by way of mandamus directing the Attorney General to advise the Lieutenant Governor to grant a fiat because the Lieutenant Governor acts on his advice in considering the grant of a fiat. This power of the Attorney General is exercised in conformity with s. 2(a) and (e) of the *Attorney General Act*, R.S.B.C. 1979, c. 23, which read as follows:

2. The Attorney General

soit futile. Cependant, dans *Orpen v. Attorney General for Ontario*, [1925] 2 D.L.R. 366 (H.C. Ont.) à la p. 372, le juge Riddell a expliqué que ces observations traduisent simplement la pratique habituelle. Il a déclaré que l'obligation constitutionnelle des conseillers du souverain dans un tel cas est d'agir de manière consciencieuse selon leur meilleur jugement (p. 375).

Je n'ai pas à examiner laquelle de ces opinions devrait prévaloir dans les affaires ordinaires. Peu importe le pouvoir discrétionnaire qui peut être exercé dans une affaire non constitutionnelle, dans une affaire comme l'espèce le pouvoir discrétionnaire doit être exercé conformément aux préceptes de la Constitution et les conseillers de Sa Majesté doivent s'y conformer. Toute autre manière d'agir violerait la structure fédérale de la Constitution. Même si l'on présume qu'il peut toujours y avoir un pouvoir résiduaire qui permet de refuser l'autorisation dans le cas d'une affaire vraiment futile, nul ne peut prétendre que c'est le cas en l'espèce et aucun argument à cet égard n'a été présenté.

Il ne s'ensuit pas comme l'a suggéré le juge Taggart que si la position constitutionnelle précédente est juste, alors il n'est pas nécessaire qu'Air Canada demande une autorisation. Le principe que j'ai énoncé doit être appliqué dans le contexte des arrangements institutionnels prévus par la loi. Le seul mécanisme prévu pour obtenir un jugement demandant une somme d'argent contre Sa Majesté dans des circonstances comme l'espèce est, en vertu de la *Crown Proceeding Act*, la pétition de droit et, pour présenter une réclamation de cette manière, il est nécessaire d'obtenir une autorisation.

Pour parvenir à cette fin, Air Canada cherche à obtenir une ordonnance de *mandamus* enjoignant au procureur général de conseiller au lieutenant-gouverneur d'accorder une autorisation parce que le lieutenant-gouverneur suit son avis lorsqu'il examine l'octroi d'une autorisation. Le procureur général exerce ce pouvoir conformément aux al. 2a) et e) de l'*Attorney General Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 23, dont voici le texte:

[TRADUCTION] **2.** Le procureur général

(a) is the official legal adviser of the Lieutenant Governor and the legal member of the Executive Council;

. . .

(e) is entrusted with the powers and charged with the duties which belong to the office of the Attorney General and Solicitor General of England by law or usage, so far as the same powers and duties are applicable to the Province, and also with the powers and duties which, by the laws of Canada and of the Province to be administered and carried into effect by the government of the Province, belong to the office of the Attorney General and Solicitor General;

These provisions make the Attorney General the official legal adviser of the Lieutenant Governor and the legal member of the Executive Council and, by s. 2(e), entrusts him with the duties of the Attorney General of England as far as these are applicable to the province. This includes the right to advise the Crown regarding the grant of a fiat; see J. Ll. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), at p. 154; *In re Nathan*, *supra*, at pp. 468, 475, 479; *Halsbury's Laws of England* (2nd ed. 1933), vol. 9, para. 1180, note (*c*). It is true that some cases mention that in England the sovereign acted on the advice of the Secretary of State; see *Bombay and Persia Steam Navigation Co. v. MacLay*, [1920] 3 K.B. 402, at p. 408; *Irwin v. Grey* (1862), 3 F. & F. 635, 176 E.R. 290 (C.P.), at p. 291. But as is obvious from the latter case, the Secretary's duties in this area were essentially to receive petitions of right and, after seeking the opinion of the law officers thereon, to advise Her Majesty accordingly.

A similar position prevails in British Columbia. There the Provincial Secretary is assigned the task of receiving petitions for transmittal to the Lieutenant Governor for consideration. This is done by s. 4 of the *Crown Procedure Act*, R.S.B.C. 1960, c. 89, which reads as follows:

4. (1) The petition shall be left with the Provincial Secretary, in order that the same may be submitted to the Lieutenant-Governor for his consideration, and in

a) est le conseiller juridique officiel du lieutenant-gouverneur et le membre juriste du conseil exécutif;

. . .

e) détient les pouvoirs et occupe les fonctions rattachées à la charge de procureur général et de solliciteur général de l'Angleterre par la loi ou l'usage, dans la mesure où les mêmes pouvoirs et fonctions s'appliquent à la province, et également des pouvoirs et fonctions qui, en vertu des lois du Canada et de la province qui doivent être appliquées par le gouvernement de la province, sont rattachés à la charge de procureur général et de solliciteur général;

Ces dispositions font du procureur général le conseiller juridique officiel du lieutenant-gouverneur et le membre juriste du conseil exécutif et aux termes du par. 2e) lui attribuent les fonctions de procureur général de l'Angleterre dans la mesure où elles s'appliquent à la province. Cela comporte le droit de conseiller Sa Majesté en ce qui a trait à l'octroi d'une autorisation; voir J. Ll. J. Edwards, *The Law Officers of the Crown* (1964), à la p. 154; *In re Nathan*, précité, aux pp. 468, 475, 479; *Halsbury's Laws of England* (2nd ed. 1933), vol. 9, par. 1180, note (*c*). Il est vrai que certaines affaires soulignent qu'en Angleterre le souverain agissait suivant l'avis du Secrétaire d'État; voir *Bombay and Persia Steam Navigation Co. v. MacLay*, [1920] 3 K.B. 402, à la p. 408; *Irwin v. Grey* (1862), 3 F. & F. 635, 176 E.R. 290 (C.P.), à la p. 291. Cependant, comme il ressort de cette dernière affaire, les fonctions du secrétaire dans ce domaine étaient essentiellement de recevoir les pétitions de droit et, après avoir obtenu l'opinion des avocats, de conseiller Sa Majesté en conséquence.

Une situation semblable prévaut en Colombie-Britannique. Le secrétaire de la province y est chargé de recevoir les pétitions pour les transmettre au lieutenant-gouverneur afin qu'il les examine. C'est ce que prévoit l'art. 4 de la *Crown Procedure Act*, R.S.B.C. 1960, chap. 89, dont voici le texte:

[TRADUCTION] **4.** (1) La pétition doit être remise au secrétaire de la province afin qu'elle soit présentée au lieutenant-gouverneur pour qu'il l'examine et afin que

order that the Lieutenant-Governor, if he thinks fit, may grant his fiat that right be done.

(2) No fee or sum of money shall be payable by the suppliant on so leaving the petition, or upon his receiving back the same.

As Taggart and Anderson JJ.A. in the Court of Appeal explain, however, the Provincial Secretary seeks the advice of the Attorney General, the legal member of the Executive Council, before referring the matter to the Executive Council. The Executive Council then advises the Lieutenant Governor as to the manner in which he should dispose of the matter on the recommendation of the Attorney General.

From the foregoing, it seems to me that the appropriate officer against whom an order by way of mandamus should issue in this case is the Attorney General. He is the Lieutenant Governor's principal legal adviser, and I am inclined to agree with Anderson J.A.'s view that, by virtue of s. 2 of the *Attorney General Act*, he is entrusted with the sole power and duty to advise the Lieutenant Governor whether or not to issue a fiat. That was the English position, which s. 2(e) adopts. One must make a distinction here between the Lieutenant Governor and the Lieutenant Governor in Council. The latter includes the Executive Council; the former does not; see *Interpretation Act*, R.S.B.C. 1979, c. 206, s. 29. It is to the Lieutenant Governor alone that the power to issue a fiat is given by the *Crown Procedure Act*. That being so, as Anderson J.A. notes, there is no legal scope for the involvement of the Executive Council. The referral to the Council becomes a mere formality.

It is not really necessary, however, to pronounce definitively on the latter issues. Even on the assumption that under ordinary circumstances there is a meaningful role for the Executive Council to play in deciding whether or not a fiat should issue, I would retain the same view. Technicality must be tempered with realism. The Attorney General is the Lieutenant Governor's principal legal adviser and the legal member of the Executive Council. Though his duty is technically simply to advise, the issue here is a legal one, one moreover to which under the Constitution, there is only

celui-ci, s'il le juge à propos, puisse accorder son autorisation pour que justice soit faite.

(2) Aucun droit ou somme d'argent ne doit être payable par le requérant lorsqu'il donne la pétition ou lorsqu'il la reçoit.

Toutefois, comme l'expliquent les juges Taggart et Anderson de la Cour d'appel, le secrétaire de la province demande l'avis du procureur général, le membre juriste du conseil exécutif, avant de soumettre la question au conseil exécutif. Le conseil exécutif donne alors son avis au lieutenant-gouverneur quant à la manière dont il devrait régler la question sur la recommandation du procureur général.

D'après ce qui précède, il me semble que l'officier approprié contre lequel une ordonnance de *mandamus* devrait être délivrée en l'espèce est le procureur général. Il est le principal conseiller juridique du lieutenant-gouverneur et je suis porté à convenir avec le juge Anderson que, aux termes de l'art. 2 de l'*Attorney General Act*, il est le seul chargé des pouvoirs et de la fonction de conseiller le lieutenant-gouverneur sur la question de savoir s'il doit ou non donner une autorisation. C'était la position anglaise qui a été adoptée dans l'al. 2e). Il faut établir une distinction en l'espèce entre le lieutenant-gouverneur et le lieutenant-gouverneur en conseil. Ce dernier comprend le conseil exécutif; mais non le premier; voir l'*Interpretation Act*, R.S.B.C. 1979, chap. 206, art. 29. La *Crown Procedure Act* donne au lieutenant-gouverneur seul le pouvoir de délivrer une autorisation. Cela étant, comme le souligne le juge Anderson, l'intervention du conseil exécutif n'a aucune portée juridique. Le renvoi au conseil devient une simple formalité.

Toutefois, il n'est pas vraiment nécessaire de trancher d'une manière définitive ces dernières questions. Même si l'on présume que dans des circonstances ordinaires le conseil exécutif a un rôle significatif à jouer en décidant si une autorisation devrait ou non être délivrée, je suis d'avis d'adopter la même opinion. Les points de procédure doivent être tempérés avec réalisme. Le procureur général est le principal conseiller juridique du lieutenant-gouverneur et le membre juriste du conseil exécutif. Bien que, techniquement, son rôle consiste simplement à conseiller, la question en

one answer. In giving advice, the Attorney General must conform to the requirements imposed by the federal structure of the Constitution. He is bound to advise the Lieutenant Governor to grant his fiat. I cannot accept the proposition advanced by Callaghan J. and the majority of the Court of Appeal to the effect that the Attorney General complied with his duty to advise the Lieutenant Governor when he advised him to refuse a fiat.

The Executive Council is in turn bound to accept the advice of the Attorney General in a case like the present. For, even if it has a right to advise the Lieutenant Governor, it, too, is under an obligation to exercise that right consistently with constitutional imperatives. In any event, one could look at the order sought as being directed to the Attorney General in a representative capacity; see *Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 S.C.R. 735.

Finally, I would note that there is precedent for the kind of order sought here. *Teh Cheng Poh v. Public Prosecutor, Malaysia*, [1980] A.C. 458 (P.C.), stands for the proposition that mandamus lies to compel a minister to properly advise the executive where there has been a constitutional abuse of power by the Crown; see also *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries & Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.)

Finally, counsel for the respondent argued that a judgment along these lines would preclude the province's relying not only on Crown immunity, but also on limitation periods, retroactive remedial legislation and mutual mistake of law to retain monies collected under *ultra vires* legislation. While I do not wish to enter into these issues at any length, I do not think this conclusion necessarily follows. There is a difference between an executive act directly interfering with a recourse to the courts for the recovery of monies under an allegedly unconstitutional statute and relying on general principles of law like limitation periods which are aimed at different purposes, in that case,

l'espèce a un caractère juridique à laquelle en outre il n'y a qu'une seule réponse aux termes de la Constitution. En donnant son avis, le procureur général doit respecter les exigences imposées par la structure fédérale de la Constitution. Il est tenu de conseiller au lieutenant-gouverneur d'accorder son autorisation. Je ne peux souscrire à la proposition du juge Callaghan et de la majorité de la Cour d'appel selon laquelle le procureur général a satisfait à son obligation de conseiller le lieutenant-gouverneur lorsqu'il lui a recommandé de refuser l'autorisation.

Le conseil exécutif est lui aussi tenu d'accepter la recommandation du procureur général dans un cas comme celui-ci. Car, même s'il a le droit de conseiller le lieutenant-gouverneur, il est lui aussi obligé d'exercer ce droit en conformité avec les impératifs constitutionnels. De toute façon, on peut considérer l'ordonnance demandée comme étant adressée au procureur général à titre de représentant; voir *Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada*, [1980] 2 R.C.S. 735.

Finalement, il convient de souligner qu'il existe des précédents portant sur le genre d'ordonnance demandé en l'espèce. L'arrêt *Teh Cheng Poh v. Public Prosecutor, Malaysia*, [1980] A.C. 458 (C.P.), étaye la proposition selon laquelle le *mandamus* peut être utilisé pour obliger un ministre à conseiller de manière appropriée le pouvoir exécutif lorsqu'il y a eu un abus de pouvoir constitutionnel de la part de Sa Majesté; voir également *Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries & Food*, [1968] A.C. 997 (H.L.)

Finalement, l'avocat de l'intimé a soutenu qu'un jugement selon ces termes empêcherait la province de se fonder non seulement sur l'immunité de Sa Majesté mais également sur des délais de prescription, sur des mesures législatives correctives ayant un effet rétroactif et sur une erreur de droit mutuelle pour conserver les sommes d'argent perçues aux termes de la loi invalide. Bien que je ne désire pas traiter de ces questions en détail, je ne crois pas que c'est la conclusion qui en découle nécessairement. Il existe une différence entre se fonder sur un acte du pouvoir exécutif qui a un effet direct sur un recours aux tribunaux pour le recouvrement de sommes d'argent obtenues en

barring stale claims. The significance of this distinction is best left to be raised in the principal action when the matter, which was simply touched upon in this Court, can be examined in depth.

For these reasons, I would allow the appeal, set aside the decision of the judge who heard the application, reverse the judgment of the Court of Appeal of British Columbia, and direct that an order in the nature of mandamus issue directing the Attorney General to advise the Lieutenant Governor to grant his fiat to the petition of right in this case.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Russell & DuMoulin, Vancouver.

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

vertu d'une loi qu'on dit inconstitutionnelle et se fonder sur des principes généraux du droit, comme les délais de prescription, qui visent des fins différentes, en l'espèce, à empêcher des réclamations prescrites. Il est préférable que la signification de cette distinction soit soulevée dans l'action principale lorsque la question, qui a simplement été effleurée devant cette Cour, pourra être examinée d'une manière approfondie.

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi, d'annuler la décision du juge qui a entendu la demande, d'infirmer l'arrêt de la Cour d'appel, de la Colombie-Britannique et d'ordonner la délivrance d'un *mandamus* pour enjoindre au procureur général de conseiller au lieutenant-gouverneur d'accorder son autorisation à la pétition de droit en l'espèce.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelante: Russell & DuMoulin, Vancouver.

Procureur de l'intimé: Le ministère du procureur général, Victoria.

Bank of Montreal *Appellant*

v.

Earl A. Wilder, Terrance Wilder a.k.a. Tara Wilder, Dara M. Wilder, Earl E. Wilder, Cecilia Melrose and Tara Wilder *Respondents*

and between

Bank of Montreal *Appellant*

v.

Earl A. Wilder and Minnie Pearl Wilder *Respondents*

INDEXED AS: BANK OF MONTREAL *v.* WILDER

File No.: 18010.

1985: November 5; 1986: November 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Guarantee — Discharge of surety — Umbrella loan agreement for financing of company business — Subsequent agreement to extend credit for specific projects — Agreement breached by creditor — Whether guarantors entitled to total or partial discharge.

The credit extended by appellant bank to a family company was personally guaranteed by several members of the family and secured by the company's debenture. Although the bank periodically increased the credit limit as the company's business expanded, the company's credit draws for most of 1975 exceeded its credit limits. A meeting in June of that year between two family members and the bank's representatives was precipitated when the bank dishonoured two of the company's cheques. The bank agreed that if additional capital was injected into the company and further guarantees were given by the family the bank would continue to finance the company until completion of certain road projects. The bank, notwithstanding the injection of capital and the giving of a guarantee by one of the family members, proceeded almost immediately to dishonour the company's cheques. After a review of the financial position of the company it decided to make a precipitous demand under the debenture. When the company was unable to meet the demand, a receiver manager was appointed. It refused the company's request to complete the road

Banque de Montréal *Appelante*

c.

Earl A. Wilder, Terrance Wilder également connu sous le nom de Tara Wilder, Dara M. Wilder, Earl E. Wilder, Cecilia Melrose et Tara Wilder *Intimés*

et entre

Banque de Montréal *Appelante*

c.

Earl A. Wilder et Minnie Pearl Wilder *Intimés*

RÉPERTORIÉ: BANQUE DE MONTRÉAL *c.* WILDER

N° du greffe: 18010.

1985: 5 novembre; 1986: 27 novembre.

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

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

Cautionnement — Libération de la caution — Accord-cadre de prêt pour le financement de l'activité commerciale de la société — Entente subséquente pour augmenter la marge de crédit pour des projets précis — Violation de l'entente par le créancier — Les garants ont-ils droit à une libération totale ou partielle?

La marge de crédit augmentée par la banque appelante dont bénéficiait une société familiale a été personnellement garantie par plusieurs membres de la famille et garantie par la débenture de la société. Bien que la banque ait augmenté périodiquement les limites de crédit en fonction de l'augmentation des activités commerciales de la société, les retraits de la société ont dépassé ces limites pendant la majeure partie de 1975. En juin de cette même année, une réunion entre deux membres de la famille et les représentants de la banque a été tenue d'urgence lorsque la banque a refusé d'honorer deux chèques de la société. La banque a convenu de continuer à financer la société jusqu'à ce que celle-ci ait terminé certains projets routiers si du capital supplémentaire était injecté dans la société et si les membres de la famille fournissaient d'autres cautionnements. La banque, nonobstant l'injection de capital et le cautionnement de l'un des membres de la famille, a presque immédiatement recommencé à ne plus honorer les chèques de la société. Après un examen de la situation financière de la société, la banque a décidé de présenter

projects, thereby forcing their completion by other means at a loss. The company went into bankruptcy. The bank sued the guarantors on their personal guarantees. The trial judge found that the bank had breached the agreement made with the family at the June meeting. The Court of Appeal agreed. The question before this Court was whether the guarantors were entitled to a total or only a partial discharge.

Held: The appeal should be dismissed.

An umbrella loan agreement was in effect here, general in nature and under which the bank agreed to finance the company's business on an ongoing basis. This general agreement was guaranteed by the Wilders' earlier guarantees. The June agreement varied the loan agreement with the consent of the guarantors and the Wilders' earlier guarantees "attached" to it. The bank, under the umbrella agreement, could have decided to make the business decision to stop financing the company at any time prior to the June agreement but that option was closed to it after that agreement. It made a firm commitment to the company and the guarantors to finance the company until the road projects were completed. It breached the June agreement and that breach was analogous to a variation of a principal contract between creditor and debtor without the guarantor's consent. The bank's breach not only increased the guarantors' risk in a substantial way and impaired their security; it also put the principal debtor out of business and into bankruptcy. The guarantors were therefore entitled to a total discharge.

Cases Cited

Considered: *Watts v. Shuttleworth* (1860), 5 H. & N. 235, 157 E.R. 1171, affirmed (1861), 7 H. & N. 354, 158 E.R. 510; *Bank of India v. Trans Continental Commodity Merchants Ltd.*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 506; **referred to**: *Seaboard Loan Corporation v. McCall*, 7 S.E.2d 318 (1940); *Rose v. Aftenberger* (1969), 9 D.L.R. (3d) 42.

Authors Cited

Rowlatt, Sir Sydney Arthur Taylor. *Rowlatt on the Law of Principal and Surety*, 4th ed. By David G. M. Marks and Gabriel S. Moss. London: Sweet & Maxwell, 1982.

une demande hâtive fondée sur la débenture. Comme la société n'a pas été en mesure de satisfaire à la demande, un administrateur séquestre a été nommé. Il a refusé d'accéder à la demande de la société d'achever les projets de construction routière, et ils ont ainsi dû être terminés à perte par d'autres moyens. La société a déclaré faillite. La banque a poursuivi les garants relativement à leurs cautionnements personnels. Le juge de première instance a conclu que la banque avait violé l'entente conclue avec la famille lors de la réunion de juin. La Cour d'appel s'est dite d'accord avec cela. La question posée devant cette Cour est de savoir si les garants ont droit à une libération totale ou partielle seulement.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

En l'espèce, il y avait un accord-cadre de prêt, de nature générale, aux termes duquel la banque a accepté de financer de manière continue les activités commerciales de la société. Cet accord général était garanti par les cautionnements antérieurs des Wilder. L'entente de juin a modifié l'accord de prêt avec le consentement des garants, ainsi que les cautionnements antérieurs des Wilder qui «s'y rattachaient». En vertu de l'accord-cadre, la banque aurait pu prendre la décision commerciale de cesser de financer la société en tout temps avant l'entente de juin, mais après cette entente elle n'avait plus ce choix. Elle s'est engagée fermement envers la société et les garants à financer la société jusqu'à ce que les projets de construction routière soient terminés. Elle a violé l'entente de juin et cette violation équivaut à la modification d'un contrat principal entre créancier et débiteur sans le consentement du garant. La violation de la banque a non seulement augmenté sensiblement le risque des garants et réduit leur garantie, mais encore elle a forcé le débiteur principal à se retirer des affaires et à déclarer faillite. Les garants ont donc droit à une libération totale.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Watts v. Shuttleworth* (1860), 5 H. & N. 235, 157 E.R. 1171, confirmé par (1861), 7 H. & N. 354, 158 E.R. 510; *Bank of India v. Trans Continental Commodity Merchants Ltd.*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 506; **arrêts mentionnés:** *Seaboard Loan Corporation v. McCall*, 7 S.E.2d 318 (1940); *Rose v. Aftenberger* (1969), 9 D.L.R. (3d) 42.

Doctrine citée

Rowlatt, Sir Sydney Arthur Taylor. *Rowlatt on the Law of Principal and Surety*, 4th ed. Par David G. M. Marks and Gabriel S. Moss. London: Sweet & Maxwell, 1982.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal (1983), 149 D.L.R. (3d) 193, 47 B.C.L.R. 9, allowing in part and dismissing in part the appeal of E. A. Wilder and M. P. Wilder and allowing the cross appeal as against the Bank of Montreal by E. A. Wilder and M. P. Wilder and allowing the cross appeal as against the Bank of Montreal by E. A. Wilder, T. Wilder and C. Melrose, from a judgment of Monroe J. (1980), 19 B.C.L.R. 77, sustaining in part and dismissing in part an action as against defendants E. A. Wilder and M. P. Wilder and sustaining an action as against C. Melrose, T. Wilder and E. A. Wilder. Appeal dismissed.

David Roberts, Q.C., for the appellant.

Glen Nicholson, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

WILSON J.—This appeal involves the law of guarantee and suretyship. The essential question to be answered is in what circumstances a guarantor or other surety will be discharged absolutely or partially from liability on his guarantee because of improper conduct on the part of the creditor. The question arises out of three related actions brought by the appellant upon seven personal guarantees given to it by the respondents. The actions were tried together and the Court of Appeal for British Columbia dealt with them as a single appeal. I propose to do the same.

1. The Facts

The respondents (the "Wilders") are all members of the Wilder family which was headed by Earl Wilder, Sr. and his wife Minnie. By 1971 the Wilders were active in ranching, park maintenance, ski hill development and other businesses in British Columbia. The family enterprises were operated through companies controlled by the Wilders. This appeal concerns only one of those companies, E. A. Wilder Enterprises Ltd. (the "Company").

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique (1983), 149 D.L.R. (3d) 193, 47 B.C.L.R. 9, qui a accueilli en partie et rejeté en partie l'appel de E. A. Wilder et M. P. Wilder, qui a accueilli l'appel incident interjeté contre la Banque de Montréal par E. A. Wilder et M. P. Wilder et qui a accueilli l'appel incident interjeté contre la Banque de Montréal par E. A. Wilder, T. Wilder et C. Melrose à l'égard d'une décision du juge Monroe (1980), 19 B.C.L.R. 77, qui avait accueilli en partie et rejeté en partie une action contre les défendeurs E. A. Wilder et M. P. Wilder et qui avait accueilli une action contre C. Melrose, T. Wilder et E. A. Wilder. Pourvoi rejeté.

David Roberts, c.r., pour l'appelante.

Glen Nicholson, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

MADAME LE JUGE WILSON—Le présent pourvoi porte sur le droit des cautionnements. La question essentielle qui doit être tranchée est de savoir dans quelles circonstances un garant ou toute autre caution sera libéré entièrement ou partiellement de la responsabilité en vertu de son cautionnement pour cause de conduite répréhensible de la part du créancier. La question découle de trois actions connexes intentées par l'appelante relativement à sept cautionnements personnels qui lui ont été donnés par les intimés. Les actions ont été instruites ensemble et la Cour d'appel de la Colombie-Britannique les a traitées comme un seul appel. Je me propose de faire la même chose.

1. Les faits

Les intimés (les «Wilder») sont tous membres de la famille Wilder qui était dirigée par Earl Wilder, père et son épouse Minnie. En 1971, les Wilder s'occupaient d'élevage, d'entretien de parc, d'exploitation d'une station de ski et d'autres entreprises en Colombie-Britannique. Les entreprises de la famille étaient exploitées par des sociétés contrôlées par les Wilder. Le présent pourvoi vise seulement l'une de ces sociétés, E. A. Wilder Enterprises Ltd. (la «société»).

Late in 1971 Mr. and Mrs. Wilder took stock of the loans which they had from their banker, the Canadian Imperial Bank of Commerce. These had started out as fixed interest loans but had been converted by the Bank into fluctuating interest loans and were now all at different interest rates. The total amount owing was approximately $225,000. The Wilders decided that the time had come to move their banking business elsewhere. They were particularly interested in obtaining a fixed interest rate. They approached the Industrial Development Bank in Cranbrook and reached a tentative agreement with it for a $200,000 loan repayable in instalments over twenty years at a fixed interest rate of 8¾%. However, on the way home from Cranbrook they decided to check with the Bank of Montreal in Kimberly to see if they could do better. They were interviewed by the bank manager, Mr. Jeffrey, and a lot of evidence was adduced at trial concerning alleged misrepresentations made by him as to the interest rate on the loan of $330,000 which was negotiated at that meeting. The issues relating to alleged misrepresentation were dealt with in the courts below, and since no appeal has been taken to this Court from the disposition made in the Court of Appeal, this Court need not deal with them.

On February 16, 1972 Mr. and Mrs. Wilder gave their joint guarantee to the Bank for the $330,000 loan made to the Company. On April 28, 1972 the Company executed a demand debenture in the same principal amount. This debenture created a floating charge on the assets and undertaking of the Company and a fixed charge on its real property. By May of 1972 the debenture was registered in British Columbia.

The Bank and the Company apparently enjoyed an amicable relationship during the following two years. By the end of 1974 the Company had become quite heavily involved in road construction. This resulted in an increase in its operating capital requirements. In particular, the Company

Vers la fin de 1971, M. et M^me^ Wilder ont passé en revue les prêts qu'ils avaient auprès de leur banquier, la Banque Canadienne Impériale de Commerce. Au début, il s'agissait de prêts à intérêt fixe, mais ils avaient été convertis par la banque en prêts à taux variable et portaient alors tous des taux d'intérêt différents. Le montant total qui était dû était d'environ 225 000 $. Les Wilder ont décidé que le moment était venu de faire affaire avec une autre banque. Ils étaient particulièrement intéressés à obtenir un taux d'intérêt fixe. Ils sont entrés en pourparlers avec l'Industrial Development Bank à Cranbrook et ont conclu avec elle une entente provisoire prévoyant un prêt de 200 000 $ remboursable par versements échelonnés sur une période de vingt ans à un taux d'intérêt fixe de 8¾ %. Toutefois, en revenant de Cranbrook, ils ont décidé de vérifier si la Banque de Montréal à Kimberly pouvait leur offrir de meilleures conditions. Ils ont rencontré le gérant de la banque, M. Jeffrey, et de nombreux éléments de preuve ont été présentés au cours de l'audition en première instance concernant des affirmations inexactes qu'il aurait faites en ce qui a trait au taux d'intérêt sur le prêt de 330 000 $ négocié lors de cette rencontre. Les questions relatives à l'affirmation inexacte qui aurait été faite ont été examinées par les tribunaux d'instance inférieure et, comme aucun pourvoi n'a été interjeté devant cette Cour à l'encontre de la décision de la Cour d'appel, il n'est pas nécessaire que la Cour examine ces questions.

Le 16 février 1972, M. et M^me^ Wilder ont donné leur garantie conjointe à la banque pour le prêt de 330 000 $ accordé à la société. Le 28 avril 1972, la société a consenti une débenture à vue pour le même montant en capital. Cette débenture a créé une charge flottante sur l'actif et l'entreprise de la société et une charge fixe sur ses biens immobiliers. Dès mai 1972, la débenture était enregistrée en Colombie-Britannique.

La banque et la société ont apparemment eu des rapports amicaux pendant les deux années suivantes. À la fin de 1974, la société était devenue très engagée dans la construction routière. Cette activité a entraîné une augmentation de ses besoins en matière de fonds d'exploitation. En particulier, la

had bid successfully on two road-building projects for the Alberta government, the Priddis and High Prairie projects in Northern Alberta. With the need for increased operating capital the Company began to exceed its authorized credit limits. The credit limits were adjusted by the Bank with periodic increases. Nevertheless, the credit draws exceeded the credit limits during most of 1975.

By the beginning of 1975 the Bank had a new manager in Kimberly, a Mr. Smith. Mr. Smith was anxious to improve the Bank's security against Company borrowings. On March 26, 1975 he wrote to the Company and enclosed standard form guarantees to be executed by the Wilders. The letter also noted that there was a need to "reach accord on future loan limits". The requested guarantees were given to the Bank by various members of the Wilder family. I set out the particulars of all the outstanding guarantees below.

	Guarantor	Relationship	Limit	Date
1.	E. A. Wilder M. P. Wilder	Father Mother	$330,000	16 February 1972
2.	E. A. Wilder	Father	105,000	2 April 1974
3.	E. E. Wilder	Son	300,000	2 April 1975
4.	Dara Wilder	Daughter	300,000	9 June 1975
5.	Tara Wilder	Daughter	300,000	19 June 1975
6.	Cecilia Melrose	Daughter	300,000	19 June 1975
7.	E. A. Wilder	Father	250,000	14 August 1975

Company drawings on its loan account continued to exceed credit limits to some degree and in early June 1975 the Bank dishonoured two of the Company's cheques. This upset the Wilders and Mrs. Wilder asked for a meeting with Bank representatives in Vancouver. The meeting was held on June 23, 1975 and Mrs. Wilder's son, Earl Wilder, Jr., attended the meeting with her. Present on behalf of the Bank were Mr. Smith, the Branch Manager, Mr. Munzel, the Credit Manager, and Mr. Campbell, the Assistant Credit Manager. Mr. Campbell was responsible for the Company's account. The trial judge found as a fact that Mrs. Wilder represented both the Company and the individual members of the family at the meeting as

société avait présenté avec succès des soumissions à l'égard de deux projets de construction routière pour le gouvernement de l'Alberta, les projets Priddis et High Prairie dans le nord de l'Alberta. Comme la société avait besoin d'augmenter son fonds d'exploitation, elle a commencé à dépasser ses limites de crédit autorisées. Les limites de crédit étaient ajustées par la banque au moyen d'augmentations périodiques. Néanmoins, les retraits ont dépassé les limites de crédit pendant la majeure partie de 1975.

Au début de 1975, la banque a eu un nouveau directeur à Kimberly, un nommé Smith. M. Smith tenait beaucoup à améliorer la garantie de la banque à l'égard des emprunts de la société. Le 26 mars 1975, il a écrit à la société et y a joint des formules normalisées de cautionnement pour que les Wilder les signent. La lettre soulignait également qu'il était nécessaire de [TRADUCTION] «parvenir à un accord concernant la limite sur les prêts futurs». Les cautionnements demandés ont été donnés à la banque par différents membres de la famille Wilder. Voici les détails de tous les cautionnements en cours.

	Caution	Lien de parenté	Limite	Date
1.	E. A. Wilder M. P. Wilder	père mère	330 000 $	16 février 1972
2.	E. A. Wilder	père	105 000 $	2 avril 1974
3.	E. E. Wilder	fils	300 000 $	2 avril 1975
4.	Dara Wilder	fille	300 000 $	9 juin 1975
5.	Tara Wilder	fille	300 000 $	19 juin 1975
6.	Cecilia Melrose	fille	300 000 $	19 juin 1975
7.	E. A. Wilder	père	250 000 $	14 août 1975

Les retraits de la société de son compte de prêt ont continué dans une certaine mesure à dépasser les limites de crédit et au début de juin 1975 la banque a refusé d'honorer deux chèques de la société. Cela a vexé les Wilder et M^me^ Wilder a demandé à rencontrer les représentants de la banque à Vancouver. La réunion a eu lieu le 23 juin 1975 et le fils de M^me^ Wilder, Earl Wilder fils, a assisté à la réunion avec elle. M. Smith, le directeur de la succursale, M. Munzel, le directeur du crédit et M. Campbell, le directeur adjoint du crédit, représentaient la banque. M. Campbell était responsable du compte de la société. Le juge de première instance a tenu pour acquis que M^me^ Wilder représentait à titre de «mandataire auto-

their "authorized agent". This proved to be a very significant finding.

There was conflicting evidence at trial as to whether or not an agreement was reached at the meeting. The trial judge evidently preferred the evidence of Mrs. Wilder and her son because he found that an agreement was entered into ("the June agreement") in the terms alleged by the Wilders. He found that the Bank had agreed to continue to finance the Company at least until it had completed the Alberta road projects. It was to extend the necessary line of credit to complete these projects estimated at a maximum of $1,100,000. In return, the Wilders were to inject $250,000 into the Company account from related family companies. Individual family members were to provide further guarantees of the Company loans and the Company was to provide the Bank with a new debenture for $550,000.

The $250,000 was paid into the Company by the Wilders as agreed and on August 14, 1975 Mr. Wilder gave the Bank his guarantee for $250,000. Unfolding events overtook the giving of the guarantees by the other family members. The new debenture was never presented to the Company for execution for the same reason.

As noted by Lambert J.A., almost immediately after the Wilders' injection of fresh capital into the Company the Bank again began to dishonour Company cheques including payroll cheques for the Alberta road projects. Beginning in August 1975 the Bank honoured no more cheques. The trial judge found that this was a breach of the June agreement and the Court of Appeal agreed.

Some time in the early part of August 1975, Mrs. Wilder had discovered what seemed to be an error in the audited financial statements of the Company. The error resulted in an inaccurate

risé» la société et les membres de la famille à la réunion. Cette conclusion s'est révélée très importante.

À l'audience, on a présenté des éléments de preuve contradictoires sur la question de savoir s'ils étaient parvenus à une entente lors de la réunion. De toute évidence, le juge de première instance a préféré le témoignage de M^me^ Wilder et de son fils parce qu'il a jugé qu'on avait conclu une entente («l'entente de juin») aux conditions alléguées par les Wilder. Il a jugé que la banque avait accepté de continuer à financer la société du moins jusqu'à ce que celle-ci ait terminé les projets routiers de l'Alberta. Elle devait augmenter la marge de crédit nécessaire pour terminer ces projets qui étaient évalués à un montant maximal de 1 100 000 $. En contrepartie, les Wilder devaient injecter 250 000 $ dans le compte de la société à partir des sociétés affiliées de la famille. Les membres de la famille devaient fournir d'autres cautionnements pour les prêts de la société et cette dernière devait accorder à la banque une nouvelle débenture de 550 000 $.

La somme de 250 000 $ a été payée à la société par les Wilder tel que convenu et, le 14 août 1975, M. Wilder a donné à la banque son cautionnement de 250 000 $. Le déroulement des événements a empêché les autres membres de la famille de donner les cautionnements. La nouvelle débenture n'a jamais été présentée à la société pour signature pour la même raison.

Comme l'a souligné le juge Lambert de la Cour d'appel, presque immédiatement après l'injection de nouveau capital dans la société par les Wilder, la banque a recommencé à ne plus honorer les chèques de la société, y compris les chèques de paye pour les projets routiers de l'Alberta. Au début d'août 1975, la banque a cessé d'honorer tous les chèques. Le juge de première instance a conclu qu'il s'agissait d'une violation de l'entente de juin et la Cour d'appel s'est dite d'accord avec lui.

À un moment donné au début d'août 1975, M^me^ Wilder a découvert ce qui semblait être une erreur dans les états financiers vérifiés de la société. Il en résultait une image inexacte de la situation finan-

picture of the Company's financial position. It improved it by some $250,000. Before notifying the Bank of the error Mrs. Wilder asked the Company's chartered accountants to verify whether it was in fact an error or not. It is not clear on the evidence exactly when the Bank learned of the error since there is a conflict in the testimony of the parties. Mr. Smith testified that in a telephone conversation with Mrs. Wilder on or about August 15, 1975 she told him of the error. Mrs. Wilder denied speaking with Mr. Smith until August 22, 1975 when she says she told him about it. In any event, the Bank appears to have learned of the error through the auditors possibly in a telephone call on August 21, 1975 to the Kimberly branch, but certainly on August 22, 1975 when the auditors withdrew the financial statements. The Bank demanded payment of its loan before noon on August 22, 1975.

By way of further explanation for the Bank's sudden calling of the loan Mr. Smith testified as to other things Mrs. Wilder had said to him in the telephone conversation he alleged took place on or about August 15, 1975. In addition to the alleged advice as to the error in the Company's financial statements, Mr. Smith testified that Mrs. Wilder told him that no further Bank documents would be executed by the Company. He also claimed that Mrs. Wilder told him that the Company might even shut down. Mrs. Wilder, as earlier mentioned, denied that any such conversation ever took place. Mr. Smith also alleged that Mrs. Wilder had told him that the Company was depositing its money elsewhere. In cross-examination Mr. Smith admitted that it could well have been Earl Wilder, Jr. who told him this. Earl Wilder, Jr. testified that at no time did any of the Company principals contemplate shutting the Company down for any period. The trial judge made no specific findings of fact on this conflicting testimony because in the view he took of the case the reasons for the precipitous demand were irrelevant. It was, in any event, a clear breach of the June agreement.

cière de la société. Elle l'améliorait de quelque 250 000 $. Avant d'avertir la banque au sujet de cette erreur, M^me^ Wilder a demandé aux comptables agréés de la société de vérifier s'il s'agissait bel et bien d'une erreur. D'après les éléments de preuve, on ne peut déterminer avec précision le moment où la banque a pris connaissance de l'erreur puisque les témoignages des parties sont contradictoires. M. Smith a témoigné que c'est lors d'une conversation téléphonique avec M^me^ Wilder, le 15 août 1975 ou vers cette date, que celle-ci l'a mis au courant de l'erreur. M^me^ Wilder a nié avoir parlé à M. Smith avant le 22 août 1975, date à laquelle elle dit l'avoir mis au courant. De toute façon, la banque paraît avoir pris connaissance de l'erreur par l'intermédiaire des vérificateurs, probablement lors d'un appel téléphonique le 21 août 1975 à la succursale de Kimberly, mais certainement le 22 août 1975, lorsque les vérificateurs ont retiré les états financiers. La banque a exigé le remboursement de son prêt avant midi le 22 août 1975.

Afin de mieux expliquer le retrait soudain du prêt par la banque, M. Smith a témoigné à propos d'autres choses que M^me^ Wilder lui a dites lors de la conversation téléphonique qu'il prétend avoir eu avec elle le 15 août 1975 ou vers cette date. Outre l'avis qui aurait été donné quant à l'erreur contenue dans les états financiers de la société, M. Smith a déposé que M^me^ Wilder lui avait dit que la société ne signerait plus aucun autre document de la banque. Il a de plus prétendu que M^me^ Wilder lui a dit que la société pourrait même fermer ses portes. M^me^ Wilder, comme je l'ai mentionné auparavant, a nié qu'une telle conversation ait jamais eu lieu. M. Smith a également prétendu que M^me^ Wilder lui a dit que la société déposait son argent ailleurs. En contre-interrogatoire, M. Smith a reconnu qu'il se pouvait bien que cela lui ait été dit par Earl Wilder fils. Selon le témoignage de Earl Wilder fils, à aucun moment les dirigeants de la société n'ont envisagé d'en fermer les portes pour une période quelconque. Le juge de première instance n'a tiré aucune conclusion de fait sur ce témoignage contradictoire parce que, selon la position qu'il a adoptée en ce qui a trait à l'affaire, les motifs à l'appui de la demande hâtive n'étaient pas pertinents. De toute façon, il s'agissait d'une violation évidente de l'entente de juin.

Mr. Smith also testified that by early August, 1975, the Bank was anxious to get the new debenture in place. While he acknowledged that the Bank wanted to shore up its security he denied that it was planning to call the loan as soon as it accomplished this.

By August 1975 the Bank had a new Assistant Credit Manager in its Vancouver office, a Mr. McPhee. Mr. McPhee had not been present at the meeting when the June agreement was entered into. On August 12, 1975 Mr. McPhee prepared an internal memorandum that made several recommendations concerning the Company account. One was that the Company be given two weeks to seek financing elsewhere. There is no evidence that the Company was ever given this opportunity. Another was the appointment of a receiver-manager to "look after our interests" and yet another the placing of a chattel mortgage on Company equipment "to delay call of loan".

On August 22, 1975 the Bank demanded payment of its loan by letter served on the Company by the Bank's Alberta solicitors. This demand was made under the debenture given by the Company in 1972. The amount claimed due including accrued interest was $860,920.30. The demand was made in Calgary at 11:40 a.m. for payment to be made in Kimberly by noon of the same day. Not surprisingly, it was not possible for the Company to meet such a precipitous demand and later the same day the receiver-manager took possession under the debenture.

The receiver-manager refused to complete the road-building projects when Earl Wilder, Jr. asked him to do so on August 22, 1975 and they were completed at a loss under the auspices of the Company's bonding company. On December 2, 1975 the Company was declared bankrupt.

In an action by the Bank against the Company on the debenture, the trustee in bankruptcy eventually consented to judgment for the Bank in

M. Smith a également déposé que, au début d'août 1975, la banque avait hâte que la nouvelle débenture soit prête. Bien qu'il ait reconnu que la banque voulait consolider sa garantie, il a nié qu'elle projetait d'exiger le remboursement du prêt dès que cela aurait été réalisé.

En août 1975, la banque a désigné un nommé McPhee comme nouveau directeur adjoint du crédit à son bureau de Vancouver. M. McPhee n'était pas présent à la réunion au cours de laquelle l'entente de juin a été conclue. Le 12 août 1975, M. McPhee a rédigé une note de service interne dans laquelle il faisait plusieurs recommandations concernant le compte de la société. L'une de ces recommandations voulait qu'on donne à la société deux semaines pour chercher du financement ailleurs. Aucun élément de preuve ne permet d'affirmer qu'on ait donné cette occasion à la société. Une autre recommandation visait la nomination d'un administrateur séquestre pour [TRADUCTION] «surveiller nos intérêts» et une autre visait l'établissement d'une hypothèque mobilière à l'égard du matériel de la société [TRADUCTION] «pour retarder l'échéance du prêt».

Le 22 août 1975, la banque a demandé le remboursement de son prêt dans une lettre que ses procureurs albertains ont remise à la société. Cette demande était fondée sur la débenture consentie par la société en 1972. Le montant réclamé y compris les intérêts courus était de 860 920,30 $. La demande présentée à Calgary à 11 h 40 exigeait que le paiement soit effectué à Kimberly avant midi le même jour. Comme on pouvait s'y attendre, la société n'a pas été en mesure de satisfaire à une demande aussi hâtive et, plus tard le même jour, l'administrateur séquestre a pris possession en vertu de la débenture.

L'administrateur séquestre a refusé d'achever les projets de construction routière lorsque Earl Wilder fils le lui a demandé le 22 août 1975 et ils ont été terminés à perte sous les auspices de la compagnie qui avait cautionné la société. Le 2 décembre 1975, la société a été déclarée en faillite.

Dans une action fondée sur la débenture intentée par la banque contre la société, le syndic de faillite a finalement consenti à ce que jugement

January 1978. The Company's counterclaim for damages for wrongful appointment of the receiver was dismissed by consent in April 1979. There is no evidence as to whether or not the Wilders ever consented to this dismissal. The receiver-manager was ordered discharged in April 1979. The Bank sued several of the Wilders on their personal guarantees and it is that litigation which gives rise to the issues before us.

2. The Courts Below

Munroe J. found that the Bank breached the June agreement by failing to provide the Company with the financing it had undertaken to provide, by dishonouring the Company's cheques, by calling the Company loans and by causing a receiver-manager to be appointed under the debenture. As a result the Company was unable to complete the road-building projects and the bonding company was called upon to do so. This could result in the Wilders' being sued by the bonding company on an indemnity agreement they had signed with the bonding company. The trial judge also found that, apart from its breach of the June agreement, the Bank also violated the terms of the debenture by failing to give the Company a reasonable time to comply with its demand.

Nevertheless, the trial judge did not accept the Wilders' submission that they were entitled to a discharge of their obligations under all their personal guarantees. He released Mr. and Mrs. Wilder from liability on guarantee 1 because of misrepresentations by the Bank as to the interest rate on the loan guaranteed. He released Mr. Wilder from liability on guarantee 7 because it had been given "pursuant to an agreement made on June 23, 1975 and later breached by the plaintiff". But he found that the Wilders "had no meritorious defence" to the Bank's claim on guarantees 2, 5 and 6. He did not elaborate on why this was so. He did, however, grant the Wilders the right to set off $74,000 against their liability under these guarantees for damages caused by the

soit rendu en faveur de la banque en janvier 1978. La demande reconventionnelle en dommages-intérêts faite par la société relativement à la nomination injustifiée du séquestre a été rejetée par consentement en avril 1979. Il n'y a aucun élément de preuve permettant de déterminer si les Wilder ont jamais consenti à ce rejet. En avril 1979, on a ordonné que l'administrateur séquestre soit libéré de ses fonctions. La banque a poursuivi plusieurs des Wilder relativement à leurs cautionnements personnels et c'est ce litige qui est à l'origine des questions dont nous sommes saisis.

2. Les tribunaux d'instance inférieure

Le juge Munroe a conclu que la banque avait violé l'entente de juin en n'accordant pas à la société le financement qu'elle s'était engagée à accorder, en refusant d'honorer les chèques de la société, en exigeant le remboursement des prêts de la société et en faisant nommer un administrateur séquestre aux termes de la débenture. Par conséquent, la société n'a pas été en mesure de terminer les projets de construction routière et on a demandé à la compagnie de cautionnement de le faire. Les Wilder pourraient être poursuivis par la compagnie de cautionnement en vertu d'un accord d'indemnisation qu'ils ont signé avec elle. Le juge de première instance a également conclu que, outre la violation de l'entente de juin, la banque a également violé les conditions de la débenture en n'accordant pas à la société un délai raisonnable pour satisfaire à sa demande.

Néanmoins, le juge de première instance n'a pas accepté l'argument des Wilder selon lequel ils avaient le droit d'être libérés de leurs obligations en vertu de leurs cautionnements personnels. Il a libéré M. et M^me^ Wilder de leur responsabilité en vertu du cautionnement 1 pour le motif que la banque avait fait des affirmations inexactes concernant le taux d'intérêt du prêt garanti. Il a libéré M. Wilder de sa responsabilité en vertu du cautionnement 7 parce qu'il avait été donné [TRADUCTION] «en vertu d'une entente conclue le 23 juin 1975 et violée ultérieurement par la demanderesse». Toutefois, il a conclu que les Wilder [TRADUCTION] «n'avaient aucun moyen de défense valable» contre la réclamation de la banque à l'égard des cautionnements 2, 5 et 6. Il n'a pas

Bank's breach of the June agreement and its unreasonable demand under the debenture. The Bank's claim on guarantee 3 was stayed by the personal bankruptcy of E. E. Wilder before trial and the Bank's action on guarantee 4 was discontinued.

The Bank appealed the trial judgment on guarantees 1 and 7 to the British Columbia Court of Appeal and the Wilders cross-appealed the disposition on guarantees 2, 5 and 6. Each judge of the Court of Appeal gave separate reasons for judgment. Lambert J.A., with whom Anderson J.A. concurred, held that the Bank was not entitled to succeed on any of the guarantees. It could not succeed on guarantees 2, 5, 6 and 7 because of its breach of the June agreement. Seaton J.A., dissenting, distinguished between the guarantees which preceded the June agreement and its breach and guarantee 7 which post-dated the agreement and was given on the faith of it. He saw no reason why the Bank should not succeed on the earlier guarantees. Lambert J.A. agreed with the trial judge that guarantee 1 was unenforceable because of the Bank's misrepresentation. Anderson J.A. disagreed that there had been any misrepresentation but found guarantee 1 unenforceable for the same reason that guarantees 2, 5 and 6 were unenforceable, i.e., breach of the June agreement. Seaton J.A. also found no misrepresentation but found guarantee 1 enforceable for the same reason that in his mind guarantees 2, 5 and 6 were enforceable.

The Bank, pursuant to leave granted on February 16, 1984, appealed to this Court the judgment

donné d'explication à ce sujet. Toutefois, il a accordé aux Wilder le droit de déduire 74 000 $ des montants dont ils sont responsables en vertu de ces cautionnements pour les dommages subis par suite de la violation de l'entente de juin par la banque et de sa demande déraisonnable en vertu de la débenture. La réclamation de la banque fondée sur le cautionnement 3 a été suspendue par la faillite personnelle de E. E. Wilder avant l'audition en première instance et la banque s'est désistée de son action fondée sur le cautionnement 4.

La banque en a appelé du jugement de première instance sur les cautionnements 1 et 7 devant la Cour d'appel de la Colombie-Britannique et les Wilder ont interjeté un appel incident contre la décision sur les cautionnements 2, 5 et 6. Chaque juge de la Cour d'appel a prononcé des motifs de jugement distincts. Le juge Lambert, avec qui le juge Anderson s'est dit d'accord, a conclu que la banque ne pouvait avoir gain de cause à l'égard d'aucun des cautionnements. Elle ne pouvait avoir gain de cause à l'égard des cautionnements 2, 5, 6 et 7 parce qu'elle avait violé l'entente de juin. Le juge Seaton, dissident, a établi une distinction entre les cautionnements antérieurs à l'entente de juin et à sa violation et le cautionnement 7 qui était postérieur à l'entente et qui a été donné sur la foi de celle-ci. Il n'a vu aucune raison pour laquelle la banque ne pouvait pas avoir gain de cause à l'égard des cautionnements antérieurs. Le juge Lambert a été d'accord avec le juge de première instance pour dire que le cautionnement 1 n'était pas exécutoire en raison de l'affirmation inexacte, de la banque. Le juge Anderson n'a pas partagé l'avis qu'il y avait eu affirmation inexacte, mais il a conclu que le cautionnement 1 n'était pas exécutoire pour la même raison que les cautionnements 2, 5 et 6, c.-à-d. en raison de la violation de l'entente de juin. Le juge Seaton a également conclu qu'il n'y avait pas eu d'affirmation inexacte, mais il a conclu que le cautionnement 1 était exécutoire pour la même raison qu'il jugeait que les cautionnements 2, 5 et 6 étaient exécutoires.

La banque, en vertu de l'autorisation accordée le 16 février 1984, en a appelé devant cette Cour du

of the Court of Appeal discharging the Wilders from liability on guarantees 1, 2, 5 and 6.

3. The Issues

There are three issues before us, namely:

(1) Are the Wilders entitled to be discharged from their liability under guarantees 1, 2, 5 and 6 because of the Bank's breach of the June agreement?

(2) If not, are the Wilders entitled to set off against their liability under the guarantees the damages suffered by the Company as a result of the Bank's breach?

(3) If they did have a right of set off, are the Wilders precluded from asserting it because the Company's counter-claim against the Bank for damages for the wrongful appointment of the receiver was dismissed on consent? In other words, is the set off claim *res judicata*?

Because of the conclusion I have reached on the first issue it is not necessary to deal with the second and third issues.

4. The Guarantees

All of the guarantees executed by the Wilders were in the Bank's standard form. In them the guarantors guaranteed:

> . . . payment to said Bank of all present and future debts and liabilities direct or indirect or otherwise, now or at any time and from time to time hereafter due or owing to said Bank from or by the Customer . . . .

The guarantees were expressed to be "continuing" guarantees subject to the guarantor's right to terminate further liability on ninety days written notice to the Bank. They contained the following clause which is relevant to the issue before us:

> IT IS FURTHER AGREED that said Bank, without exonerating in whole or in part the undersigned, or any of them (if more than one), may grant time, renewals,

jugement de la Cour d'appel qui a libéré les Wilder de leur responsabilité en vertu des cautionnements 1, 2, 5 et 6.

3. Les questions en litige

Voici les trois questions dont nous sommes saisis:

1) Les Wilder ont-ils le droit d'être libérés de leur responsabilité en vertu des cautionnements 1, 2, 5 et 6 à cause de la violation par la banque de l'entente de juin?

2) Dans la négative, les Wilder ont-ils le droit de déduire des montants dont ils sont responsables en vertu des cautionnements les dommages subis par la société par suite de la violation de la banque?

3) Si les Wilder ont le droit d'effectuer une telle déduction, sont-ils empêchés de le faire valoir pour le motif que la demande reconventionnelle en dommages-intérêts faite par la société contre la banque relativement à la nomination injustifiée du séquestre a été rejetée par consentement? En d'autres termes, la demande de déduction est-elle chose jugée?

Étant donné la conclusion à laquelle je suis parvenue à l'égard de la première question, il n'est pas nécessaire de traiter les deuxième et troisième questions.

4. Les cautionnements

Tous les cautionnements signés par les Wilder ont été rédigés selon la formule normalisée de la banque. Dans ceux-ci, les cautions garantissaient:

> [TRADUCTION] . . . le paiement à ladite banque de toutes les dettes et éléments de passif actuels et futurs, directs ou indirects ou autres, qui sont dus à ladite banque, par le client, maintenant ou en tout temps et à un certain moment . . .

Les cautionnements ont été décrits comme «permanents» sous réserve du droit de leurs auteurs de mettre fin à toute autre responsabilité en donnant un préavis écrit de quatre-vingt-dix jours à la banque. Ils contenaient la clause suivante qui est pertinente en l'espèce:

> [TRADUCTION] IL EST EN OUTRE CONVENU que ladite banque, sans exonérer entièrement ou en partie le soussigné, ou l'un d'entre eux (s'il y en a plus qu'un),

extensions, indulgences, releases and discharges to, may take securities from and give the same and any or all existing securities up to, may abstain from taking securities from, or from perfecting securities of, may accept compositions from, and may otherwise deal with the Customer and all other persons (including the undersigned, or any one of them, and any other guarantor) and securities, as said Bank may see fit . . . ;

(Emphasis added.)

5. Discharge of the Guarantors

Counsel for the Bank submits that a distinction must be made between a guarantee of a specific contract and a general guarantee of present and future debts or liabilities. Only, he submits, where a specific contract has been guaranteed will breach of that contract by the creditor entitle the guarantor to an absolute discharge. Guarantees 2, 5 and 6 were general guarantees of the Company's continuing obligations to the Bank. The Bank could therefore stop financing the Company at any time without affecting the enforceability of the guarantees. Counsel did, however, concede that the Wilders are entitled to a partial discharge from their guarantees because of the Bank's breach of the June agreement on the basis that the breach impaired the value of security held by the Bank. He submits that the figure of $20,000 arrived at by Seaton J.A. was the appropriate measure of this relief from their liability.

It is trite law that any material variation of the terms of the contract between the creditor and the principal debtor to the prejudice of the guarantor without the guarantor's consent will discharge the guarantor. Seaton J.A. in his dissenting reasons says that is not this case. The variation, if it is properly so-called, was made in this case with the consent and active participation of the guarantors and in fact constituted a binding agreement, so the trial judge found, to which the creditor, the principal debtor and the guarantors were all parties. Herein lies the point of divergence between the view of the majority and the view of the minority on the Court of Appeal. Lambert J.A. approached

peut accorder des délais, des renouvellements, des prorogations, des indulgences, des libérations, peut accepter des garanties et les donner ainsi que toute garantie en cours, peut s'abstenir d'accepter des garanties ou de parfaire des garanties, peut accepter des arrangements du client, et peut autrement traiter avec lui et toute autre personne (y compris les soussignés, ou l'un d'entre eux, et toute autre caution) et garanties, selon que la banque le juge à propos . . .

(C'est moi qui souligne.)

5. Libération des cautions

L'avocat de la banque soutient qu'il faut établir une distinction entre un cautionnement applicable à un contrat spécifique et un cautionnement général applicable à des dettes ou éléments de passif actuels et futurs. C'est seulement, soutient-il, lorsqu'un contrat spécifique a été cautionné qu'une violation de ce contrat par le créancier permet à la caution de bénéficier d'une libération absolue. Les cautionnements 2, 5 et 6 étaient des cautionnements généraux applicables aux obligations permanentes de la société envers la banque. La banque pouvait par conséquent cesser de financer la société en tout temps sans affecter le caractère exécutoire des cautionnements. Toutefois, l'avocat a admis que les Wilder ont droit à une libération partielle de leurs cautionnements en raison de la violation de l'entente de juin par la banque, parce que la violation a réduit la valeur de la garantie détenue par la banque. Il soutient que le chiffre de 20 000 $ auquel est arrivé le juge Seaton constitue la mesure appropriée de ce dégagement de leur responsabilité.

Il est bien établi en droit que toute modification importante des conditions d'un contrat conclu entre le créancier et le débiteur principal au préjudice du garant sans le consentement de ce dernier a pour effet de libérer le garant. Dans ses motifs de dissidence, le juge Seaton a dit que ce n'était pas le cas en l'espèce. Le juge de première instance a conclu que la modification, à supposer que ce soit là le bon terme, a été effectuée en l'espèce avec le consentement et la participation active des garants et en fait constituait une entente exécutoire à laquelle le créancier, le débiteur principal et les garants étaient tous parties. C'est sur ce point que divergent l'opinion des juges formant la majo-

the case on the basis that if a variation of the principal contract without the guarantor's consent discharges the guarantor, so also should a breach of a variation made with the guarantor's consent. In other words, Lambert J.A. would apply the law of guarantee and suretyship to that situation. Seaton J.A., on the other hand, saw no reason to stretch the law of guarantee and suretyship to cover a case involving a straight breach of contract. The following excerpt from his reasons sets out Seaton J.A.'s position:

> The case law provides that guarantors will be discharged if a creditor unilaterally varies a term of the principal contract guaranteed. These cases may be rationalized on the basis that a guarantor is entitled to some relief where his risk is materially altered and where there are no remedies available to him in contract. In these circumstances, the guarantor is on his own and must look to equity because the principal debtor has suffered no loss upon which the guarantor could rely in counterclaim or set-off. I see no merit in extending the reasoning in these cases to the situation of a breach of a contract by a creditor where adequate contractual remedies lie. If a guarantor's interests can be protected in contract, there is no reason to extend the application of equitable principles.

Lambert J.A. states the principle on which he relies as follows:

> The principle on which I rely in reaching my conclusion on this point may be stated in this way. Where the creditor, by his own conduct, (a) causes the default of the principal debtor, (b) materially increases the risk to the guarantor, and (c) impairs the security that is available to the guarantor on payment of his guarantee obligation to the creditor, then the guarantor is discharged.

Lambert J.A. then went on to add that it was not necessary in this case to decide to what extent any one or any two of these three factors would have been sufficient to discharge the guarantees because in this case they were all present.

rité et celle du juge dissident en Cour d'appel. Le juge Lambert a abordé l'affaire en considérant que, si la modification du contrat principal sans le consentement du garant a pour effet de libérer ce dernier, il devrait en être de même de la violation d'une modification apportée avec le consentement du garant. En d'autres termes, le juge Lambert appliquerait le droit des cautionnements à cette situation. Par ailleurs, le juge Seaton n'a vu aucun motif d'élargir le droit des cautionnements de manière à englober une affaire qui comporte la violation claire et nette d'un contrat. L'extrait suivant tiré des motifs du juge Seaton décrit la position qu'il adopte:

> [TRADUCTION] La jurisprudence prévoit que les garants seront libérés si un créancier modifie unilatéralement une condition du contrat principal qui fait l'objet du cautionnement. Ces décisions peuvent s'expliquer par le fait qu'un garant a droit à un certain redressement lorsque son risque est modifié sensiblement et que le contrat ne lui offre aucun recours. Dans ces circonstances, le garant est livré à lui-même et doit se tourner vers l'*equity* parce que le débiteur principal n'a subi aucune perte que le garant pourrait invoquer dans une demande reconventionnelle ou dans une demande de déduction. Je ne vois aucun avantage à étendre le raisonnement de ces décisions à la situation où il y a violation d'un contrat par un créancier lorsque des recours contractuels adéquats sont disponibles. Si les intérêts d'un garant peuvent être protégés par le contrat, il n'y a aucune raison d'étendre l'application des principes d'*equity*.

Le juge Lambert a énoncé de la manière suivante le principe sur lequel il s'est fondé:

> [TRADUCTION] Le principe sur lequel je me fonde pour arriver à ma conclusion sur ce point peut être énoncé de la manière suivante. Lorsque le créancier, par sa propre conduite, a) cause le défaut du débiteur principal, b) augmente sensiblement les risques du garant et c) réduit la garantie qui est disponible pour le garant sur le paiement de son obligation en matière de cautionnement envers le créancier, alors le garant est libéré.

Le juge Lambert a alors ajouté qu'il n'était pas nécessaire en l'espèce de décider dans quelle mesure un ou deux de ces trois facteurs auraient été suffisants pour libérer les cautions parce que, en l'espèce, ils étaient tous présents.

As already mentioned, Seaton J.A. was troubled by the fact that the guarantees in issue other than guarantee 7 were all given prior to the June agreement and its breach by the Bank. The trial judge found that there was no valid defence to guarantees 2, 5 and 6 presumably for this reason. Seaton J.A. pointed out that the guarantees were in standard form and guaranteed all present and future debts and liabilities and permitted the Bank to deal with the Company as it saw fit. The Company borrowed and the Bank advanced on the strength of the guarantees and any loss suffered by the guarantor as a result of a breach by the creditor of the principal contract could be adequately compensated by rights of set-off and the right to be discharged *pro tanto* if securities were impaired.

Lambert J.A. appreciated the problem arising from the timing of the earlier guarantees. He resolved it by finding that the June agreement was a "modification agreement" to the original "umbrella loan agreement" pursuant to which financing arrangements between the parties were worked out. He states:

> In my opinion there was eventually an overall agreement between the Bank and the company. The agreement covered the terms of the banking arrangements of the company, and the security to be given by the company to the Bank. That overall umbrella agreement is of the type usually called "the loan agreement". The agreement made on 23 June, 1975 was a "modification agreement" to the umbrella loan agreement.

And later he says:

> The umbrella agreement coupled with the security documents and any subsidiary agreements must all be gathered together and considered together and interpreted and applied as a unified contract consisting of a total package of inter-related rights and obligations.

Seaton J.A. accepts the concept of an "umbrella agreement" pursuant to which the Company became a customer of the Bank. He does not, however, subscribe to the view that the earlier guarantees attached to the June agreement.

Comme je l'ai déjà mentionné, le juge Seaton a été gêné par le fait que les cautionnements en question autres que le cautionnement 7 ont tous été consentis avant l'entente de juin et sa violation par la banque. Le juge de première instance a conclu qu'aucun moyen de défense valable n'était opposable aux cautionnements 2, 5 et 6 probablement pour ce motif. Le juge Seaton a souligné que les cautionnements avaient été rédigés selon une formule normalisée et garantissaient toutes les dettes et tous les éléments de passif présents et futurs et permettaient à la banque de traiter avec la société comme elle le jugeait à propos. La société a contracté un emprunt et la banque a avancé l'argent en se fondant sur les cautionnements et toute perte subie par le garant par suite d'une violation par le créancier du contrat principal pouvait adéquatement être compensée par les droits de déduction et celui d'être libéré partiellement si les garanties étaient réduites.

Le juge Lambert a examiné le problème que pose le moment où les cautionnements antérieurs ont été consentis. Il l'a résolu en concluant que l'entente de juin était une «entente modificative» applicable à «l'accord-cadre de prêt» initial en vertu duquel les accords de financement entre les parties ont été conclus. Il a dit:

> [TRADUCTION] À mon avis, il y a eu en fin de compte une entente globale entre la banque et la société. L'entente portait sur les conditions des accords de financement de la société et sur la garantie qu'elle devait donner à la banque. Cet accord-cadre global est d'un genre habituellement appelé «accord de prêt». L'entente conclue le 23 juin 1975 était une «entente modificative» applicable à l'accord-cadre de prêt.

Et il a ensuite ajouté:

> [TRADUCTION] L'accord-cadre de même que les documents sur la garantie et toutes autres ententes accessoires doivent être rassemblés et examinés ensemble et interprétés et appliqués comme un contrat unifié composé d'un ensemble total d'obligations et de droits interreliés.

Le juge Seaton accepte le concept d'un «accord-cadre» en vertu duquel la société est devenue une cliente de la banque. Toutefois, il ne souscrit pas à l'opinion selon laquelle les cautionnements antérieurs se rattachaient à l'entente de juin.

It is apparent that the approach of Seaton J.A. would result in a partial discharge only; the approach of Lambert J.A. in a total discharge. The Bank does not deny that the Wilders are entitled to a partial discharge. It disputes only the amount. It is necessary therefore to determine whether the position taken by Lambert J.A. has any basis in the existing jurisprudence.

The first case relied on by Lambert J.A. is *Watts v. Shuttleworth* (1860), 5 H. & N. 235, 157 E.R. 1171. In that case the contractor had agreed with Watts to complete the fittings for a warehouse. Watts agreed to insure the fittings against fire. Shuttleworth agreed to guarantee the performance of the contractor's work. When the fittings were partly completed they were destroyed by fire. Watts had not insured and Pollock C.B. concluded that Shuttleworth was discharged from his guarantee by this failure on the part of Watts. Quoting from his reasons at p. 1176:

> The substantial question in the case is, whether the omission to insure discharges the defendant, the surety. The rule upon the subject seems to be that if the person guaranteed does any act injurious to the surety, or inconsistent with his rights, or if he omits to do any act which his duty enjoins him to do, and the omission proves injurious to the surety, the latter will be discharged: Story's Equity Jurisprudence, sect. 325. The same principle is enunciated and exemplified by the Master of the Rolls in *Pearl* v. *Deacon* (24 Beav. 186, 191), where he cited with approbation the opinion of Lord Eldon, in *Craythorne* v. *Swinburne* (14 Vesey, 164, 169), that the rights of a surety depend rather on principles of equity than upon the actual contract; that there may be a quasi contract; but that the right of the surety arises out of the equitable relation of the parties.

The decision of Pollock C.B. was upheld on appeal ((1861), 7 H. & N. 354, 158 E.R. 510), Williams J. stating at pp. 510-11:

> In this case the Court, at the close of the argument, was unanimous in thinking that the defendant, as surety, was discharged by the plaintiff's omission to insure. But some doubts were felt whether the discharge ought to be regarded as total, or only to the extent of the damage

Il appert que le point de vue du juge Seaton entraînerait une libération partielle seulement; celui du juge Lambert donnerait lieu à une libération totale. La banque ne nie pas que les Wilder ont droit à une libération partielle. Elle conteste seulement le montant. Il est par conséquent nécessaire de déterminer si la position adoptée par le juge Lambert est fondée selon la jurisprudence existante.

Le juge Lambert a d'abord invoqué l'affaire *Watts v. Shuttleworth* (1860), 5 H. & N. 235, 157 E.R. 1171. Dans cette affaire, l'entrepreneur avait convenu avec Watts de terminer les installations d'un entrepôt. Watts a accepté d'assurer les installations contre le feu. Shuttleworth a convenu de garantir l'exécution du travail de l'entrepreneur. Un incendie a détruit les installations au moment où elles étaient partiellement terminées. Watts n'avait pas contracté d'assurance et le baron en chef Pollock a conclu que Shuttleworth était libéré de sa garantie par cette omission de la part de Watts. Voici ses motifs à la p. 1176:

> [TRADUCTION] La question importante en l'espèce est de savoir si l'omission de contracter une assurance a pour effet de libérer le défendeur, la caution. La règle qui s'applique à ce sujet semble être que si la personne bénéficiaire de la garantie agit de manière défavorable à la caution, ou de manière incompatible avec ses droits, ou si elle omet d'accomplir un acte qu'elle a le devoir d'accomplir et qu'il ressort que cette omission cause un préjudice à la caution, cette dernière sera libérée: Story's Equity Jurisprudence, sect. 325. Le même principe est énoncé et illustré par le Maître des rôles dans *Pearl* v. *Deacon* (24 Beav. 186, 191), où il a cité en l'approuvant l'opinion de lord Eldon dans *Craythorne* v. *Swinburne* (14 Vesey, 164, 169), portant que les droits d'une caution dépendent plutôt des principes d'*equity* que du contrat réel, qu'il peut y avoir un quasi-contrat, mais que le droit de la caution découle du rapport d'*equity* entre les parties.

La décision du baron en chef Pollock a été confirmée en appel ((1861), 7 H. & N. 354, 158 E.R. 510), par le juge Williams qui affirme aux pp. 510 et 511:

> [TRADUCTION] En l'espèce, la cour à la fin de l'argumentation croyait à l'unanimité que le défendeur, à titre de caution, avait été libéré par l'omission par le demandeur de contracter une assurance. Toutefois, on a exprimé des doutes quant à savoir si la libération devait

which could be shewn to have been sustained by the surety in respect of that omission. In support of the latter view, it was contended, on behalf of the plaintiff, that the present case is analogous to that of a creditor who has lost or given up to his debtor a security which he has in his hands, where the surety is held to be thereby discharged, because of the rule that a surety is entitled to the benefit of all the securities which the creditor has against the principal; not however in toto, but only to the extent of the security so lost or given up.

But on consideration we are all of opinion that, in the present instance, the discharge of the surety, being effected by reason of his position having been deteriorated in respect of having been made responsible for an uninsured principal, in lieu of an insured one, the case is analogous to those where a surety has been held discharged by time having been given to the debtor . . . .

In commenting on the judgment of Williams J. in *Watts v. Shuttleworth* Lambert J.A. expresses the view that the reasons in that case did not turn on any proposition that the contract to insure became incorporated as a term of the guarantee. However, it would appear that the case deals with the guarantee of a specific contract which was breached. In the case of a specific contract it is to be assumed that the guarantor gave his guarantee in contemplation of an ascertainable and clearly identified risk inherent in the contract. The guarantor in such a case is discharged because he is powerless to protect against variation of the principal contract by the parties to that contract. Once he has given his guarantee on the basis of that particular risk equity protects him against any variation of it to which he was not a party.

Lambert J.A. relied also upon *Bank of India v. Trans Continental Commodity Merchants Ltd.*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 506. The guarantor of the Bank's customer in that case argued amongst other things that he was not liable to the Bank because of irregular dealings between it and the customer on certain foreign exchange contracts. Bingham J. held that there had been no negligence by the Bank and no irregular or prejudicial dealings by it towards the guarantor. He cited the familiar principle that variation of the principal

être considérée comme totale ou seulement proportionnée au dommage qu'on pouvait démontrer que la caution avait subi par suite de cette omission. À l'appui de ce dernier point de vue, on a soutenu, pour le compte du demandeur, que le présent cas est semblable à celui d'un créancier qui a perdu ou cédé à son débiteur une garantie dont il bénéficiait, où la caution est considérée comme étant de ce fait libérée, en raison de la règle selon laquelle une caution a le droit de profiter de toutes les garanties que le créancier a à l'égard du capital, toutefois pas en totalité, mais seulement jusqu'à concurrence de la garantie ainsi perdue ou cédée.

Mais, après examen, nous sommes tous d'avis qu'en l'espèce la libération de la caution ayant été faite parce que sa position s'est détériorée en ayant été rendue responsable d'un capital non assuré au lieu d'un capital assuré, l'affaire est analogue à celle où une caution a été tenue pour libérée par suite d'un délai accordé au débiteur . . .

En faisant des observations sur le jugement du juge Williams dans *Watts v. Shuttleworth*, le juge Lambert a exprimé l'opinion que les motifs de cette affaire ne reposaient pas sur une proposition selon laquelle le contrat d'assurance avait été inclus comme condition du cautionnement. Toutefois, il paraîtrait que l'affaire concerne le cautionnement applicable à un contrat spécifique qui n'a pas été respecté. Dans le cas d'un contrat spécifique, il faut présumer que le garant a donné son cautionnement en fonction d'un risque vérifiable et clairement identifié qui est inhérent au contrat. Le garant dans une telle affaire est libéré parce qu'il n'est pas en mesure d'assurer une protection contre la modification du contrat principal par les parties à ce contrat. Lorsqu'il a donné sa garantie en fonction de ce risque particulier, l'*equity* le protège contre toute modification de ce risque à laquelle il n'a pas participé.

Le juge Lambert a également invoqué l'affaire *Bank of India v. Trans Continental Commodity Merchants Ltd.*, [1982] 1 Lloyd's Rep. 506. Dans cette affaire, le garant du client de la banque a soutenu notamment qu'il n'était pas responsable envers la banque pour les transactions irrégulières qui avaient eu lieu entre celle-ci et le client à l'égard de certains contrats d'opérations de change. Le juge Bingham a statué qu'il n'y avait eu aucune négligence de la part de la banque et aucune transaction irrégulière ou préjudiciable à

contract without the consent of the guarantor will discharge the guarantor. He rejected the submission that the guarantor should also be discharged where the creditor acts in a manner prejudicial to the interests of the guarantor. At page 515 of the report Bingham J. states:

> Leaving aside what may be the special case of fidelity guarantees, I consider the true principle to be that while a surety is discharged if the creditor acts in bad faith towards him or is guilty of concealment amounting to misrepresentation or causes or connives at the default by the principal debtor in respect of which the guarantee is given or varies the terms of the contract between him and the principal debtor in a way which could prejudice the interests of the surety, other conduct on the part of the creditor, not having these features, even if irregular, and even if prejudicial to the interests of the surety in a general sense, does not discharge the surety.

(Emphasis added.)

Lambert J.A. relies on this passage for the proposition that a surety will be discharged when the creditor causes the debtor's default. He points out that the discharge occurs not because the obligation that was broken was made a part of the guarantee contract, but because the creditor's breach of his contract with the principal debtor increased the risk to the guarantor. For this proposition he relies also on the decision of Felton J. in *Seaboard Loan Corporation v. McCall*, 7 S.E.2d 318 (1940), at p. 319:

> ... the failure of the corporation to procure the insurance [on the debtor's life] increased the risk of the sureties and they were relieved, not because the corporation breached an agreement with them but because it breached an agreement with the maker whereby their risk was increased ....

Lambert J.A. concludes from these authorities:

> In my opinion, the present case, where the creditor intentionally adopted a course of action that was in breach of its contract with the principal debtor, with the result that the risk to the guarantor was materially increased, and the guarantor's security was materially impaired, is a case where the guarantee is completely

l'égard du garant. Il a cité le principe bien connu selon lequel la modification du contrat principal, sans le consentement du garant, a pour effet de libérer ce dernier. Il a rejeté l'argument selon lequel le garant devrait également être libéré lorsque le créancier agit d'une manière qui préjudicie aux intérêts du garant. À la page 515 du recueil, le juge Bingham dit:

> [TRADUCTION] Si on laisse de côté ce qui peut être le cas spécial des assurances de cautionnement, je considère que le principe véritable qu'il faut appliquer est celui qui veut que, bien qu'une caution soit libérée si le créancier agit de mauvaise foi envers elle ou est coupable de dissimulation qui équivaut à une affirmation inexacte ou cause ou contribue à causer le défaut du débiteur principal à l'égard duquel la caution est donnée ou modifie les conditions d'un contrat entre lui et le débiteur principal d'une manière qui pourrait porter préjudice aux intérêts de la caution, une autre conduite de la part du créancier qui n'aurait pas ces caractéristiques, même si elle était irrégulière et même si elle portait préjudice aux intérêts de la caution dans un sens général, n'entraînera pas la libération de la caution.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge Lambert se fonde sur ce passage pour dire qu'une caution sera libérée lorsque le créancier cause le défaut du débiteur. Il souligne que la libération se produit non pas parce que l'obligation qui n'a pas été respectée faisait partie du contrat de garantie mais parce que la violation par le créancier de son contrat avec le débiteur principal a augmenté le risque du garant. À l'appui de cette proposition, il invoque également la décision du juge Felton dans *Seaboard Loan Corporation v. McCall*, 7 S.E.2d 318 (1940), à la p. 319:

> [TRADUCTION] ... l'omission de la société d'obtenir de l'assurance [sur la vie du débiteur] a augmenté le risque des cautions et elles ont été libérées, non pas parce que la société n'a pas respecté une entente avec elles mais parce qu'elle n'a pas respecté une entente avec le signataire et que cela a augmenté leurs risques ...

Le juge Lambert a conclu de cette jurisprudence:

> [TRADUCTION] À mon avis, le présent cas, où le créancier a délibérément adopté une ligne de conduite qui allait à l'encontre de son contrat conclu avec le débiteur principal, ce qui a eu pour résultat que les risques du garant ont augmenté sensiblement et que sa garantie a été réduite sensiblement, est une affaire où la

discharged and not a case where the liability of the guarantor should be reduced only by the extent to which the security was impaired.

He points out that in *Rose v. Aftenberger* (1969), 9 D.L.R. (3d) 42, Laskin J.A. (as he then was) distinguished the two kinds of cases as follows at p. 49:

> In my view, the encompassing principle to be applied is that a surety is discharged if either the principal contract to which he gave his guarantee is varied without his consent in a matter (as the Supreme Court of Canada said in *Holland-Canada Mortgage Co. v. Hutchings*, [1936] S.C.R. 165 at p. 172, [1936] 2 D.L.R. 481 at p. 486), not plainly unsubstantial or necessarily beneficial to the guarantor; or, if the terms of the contract of guarantee between the creditor and the surety are breached by the creditor. Where, as here, there is simply a wrongful dealing with the security taken by the creditor, and it is not shown that the taking (and hence the keeping as well) of the security was a condition of the giving of the guarantee, then the surety cannot be relieved beyond the value of the security lost to him.

Lambert J.A. states:

> This is not a case where the contract between the creditor and the principal debtor was varied without the consent of the guarantor; it is a case where the principal contract was broken unilaterally by the creditor in a way which materially affected both the obligations and the rights of the guarantor. I regard this as a stronger case even than the case of a variation of the principal contract. So I think that the breach operates as a complete discharge in this case.

It seems to me that the authorities relied on by Lambert J.A. support his approach provided, and this is the crucial proviso, the pre-existing guarantees given by the Wilders somehow "attached" to the June agreement. As has been noted earlier, the guarantees themselves do not refer to any particular agreement. They are general guarantees covering liabilities incurred by the Company in its dealings with the Bank in the ordinary course of its relationship with the Bank. Nor were the guarantees originally given on the faith of any particular agreement. Counsel for the Wilders submits, however, that the pre-existing guarantees did "attach" to the June agreement. He finds some support for

caution est complètement libérée et non une affaire où la responsabilité du garant ne devrait être réduite que dans la mesure où la garantie a été réduite.

Il souligne que dans l'arrêt *Rose v. Aftenberger* (1969), 9 D.L.R. (3d) 42, le juge Laskin (plus tard Juge en chef du Canada) a établi la distinction suivante entre les deux genres d'affaires, à la p. 49:

> [TRADUCTION] À mon avis, le principe général qui doit être appliqué porte qu'une caution est libérée si le contrat principal à l'égard duquel elle a donné son cautionnement est modifié sans son consentement dans une affaire (comme la Cour suprême du Canada l'a dit dans l'arrêt *Holland-Canada Mortgage Co. v. Hutchings*, [1936] R.C.S. 165, à la p. 172, [1936] 2 D.L.R. 481, à la p. 486) qui n'est pas clairement insuffisante ou nécessairement avantageuse pour le garant; ou si les conditions du contrat de cautionnement entre le créancier et la caution sont violées par le créancier. Lorsque, comme en l'espèce, on traite simplement de la garantie prise par le créancier de manière injustifiée et qu'il n'est pas démontré que le fait de prendre une garantie (et même de la garder) était une condition de la garantie, alors la caution ne peut être libérée au-delà de la valeur de la garantie qu'elle a perdue.

Le juge Lambert dit:

> [TRADUCTION] Il ne s'agit pas d'une affaire où le contrat entre le créancier et le débiteur principal a été modifié sans le consentement du garant; il s'agit d'une affaire où le contrat principal a été rompu unilatéralement par le créancier d'une manière qui a influé sensiblement sur les obligations et les droits du garant. Je considère qu'il s'agit d'une affaire plus importante même que le cas d'une modification du contrat principal. Je crois donc que la violation entraîne une libération complète en l'espèce.

Il me semble que la jurisprudence invoquée par le juge Lambert appuie son point de vue pourvu, et il s'agit là d'une condition cruciale, que les cautionnements préexistants donnés par les Wilder «se rattachent» d'une manière quelconque à l'entente de juin. Comme je l'ai mentionné précédemment, les cautionnements eux-mêmes ne font pas mention d'une entente en particulier. Ce sont des cautionnements généraux qui visent des éléments de passif qui sont le résultat d'opérations menées par la société avec la banque dans le cours ordinaire de ses relations avec la banque. Les cautionnements initiaux n'ont pas non plus été donnés sur la foi d'une entente particulière. L'avocat des

this in Rowlatt, *Rowlatt on the Law of Principal and Surety* (4th ed. 1982), at p. 88, where the learned author suggests that general guarantees of future liabilities "attach" to liabilities incurred through any subsequent agreements made between the creditor and debtor. The learned author states:

> However, where a guarantee is given in general terms to cover the liabilities which are to result from a future course of dealing generically specified in the guarantee, the creditor can vary the course of dealing under which successive liabilities arise, so long as the course of dealing continues to be of the character coming within the scope of the guarantee, and no change is made in the terms of any liability after it is actually incurred and the guarantee is attached to it.

In my view the June agreement was an agreement for the financing of the Company's business within the contemplation of the overall loan agreement which was guaranteed by the Wilders. By itself, of course, it was not prejudicial to the guarantors; indeed, quite the contrary. However, if the pre-existing guarantees attached to it, and I believe that they did, then the key question becomes whether the subsequent breach of it by the Bank materially changed the risk assumed by the guarantors to the guarantors' detriment. I think there can be no doubt that it did. I agree with Lambert J.A. that the Bank's breach caused the Company's default. It materially impaired the value of the security it held for the Company's indebtedness by preventing the Company from continuing as a viable commercial operation. As a consequence the guarantors' equitable rights of subrogation and indemnity were seriously interfered with if not effectively destroyed. As far as its effect on the liability of the guarantor is concerned there seems to be no justification for distinguishing between a variation of a principal contract without consent and a breach of a principal contract varied with consent. The case of *Watts v. Shuttleworth*, *supra*, would appear to be authority for that proposition.

Wilder soutient toutefois que les cautionnements préexistants «se rattachaient» à l'entente de juin. Il fonde jusqu'à un certain point cette affirmation sur l'ouvrage de Rowlatt, *Rowlatt on the Law of Principal and Surety* (4th ed. 1982), à la p. 88, où le savant auteur laisse entendre que les cautionnements généraux à l'égard des dettes futures «se rattachent» aux éléments de passif qui sont le résultat d'ententes postérieures conclues entre le créancier et le débiteur. Le savant auteur affirme:

> [TRADUCTION] Toutefois, lorsqu'un cautionnement est donné en termes généraux de manière à viser les dettes qui résulteront d'un ensemble d'opérations futures qui sont génériquement précisées dans le cautionnement, le créancier peut modifier cet ensemble d'opérations desquelles naissent les dettes successives tant que ces opérations continuent, de par leur nature, à se situer dans le cadre du cautionnement, et qu'aucune modification n'est apportée aux conditions d'une dette après qu'elle a été réellement contractée et que le cautionnement y est rattaché.

À mon avis, l'entente de juin était une entente qui portait sur le financement des affaires de la société visées par l'entente globale sur le prêt qui était garanti par les Wilder. Évidemment, elle n'était pas en soi préjudiciable aux garants; en fait, c'était tout à fait le contraire. Toutefois, si les cautionnements préexistants s'y rattachaient, et je crois que c'est le cas, alors la question principale est de savoir si sa violation subséquente par la banque a sensiblement modifié les risques assumés par les garants. Je crois qu'il n'y a aucun doute que cela a été le cas. Je conviens avec le juge Lambert que la violation par la banque a causé le défaut de la société. Elle a diminué sensiblement la valeur de la garantie qu'elle détenait à l'égard de la dette de la société en empêchant la société de continuer à exister comme entreprise commerciale viable. Par conséquent, les droits en *equity* que possèdent les garants en matière de subrogation et d'indemnisation ont été gravement compromis, voire même éliminés. Quant à son effet sur la responsabilité du garant, il ne semble y avoir aucune raison de faire la distinction entre une modification d'un contrat principal sans consentement et une violation d'un contrat principal modifié avec consentement. Il semblerait que l'affaire *Watts v. Shuttleworth*, précitée, appuie cette proposition.

6. Conclusions

There was in this case an umbrella loan agreement, general in nature, under which the Bank agreed to finance the Company's business. This general agreement was the one guaranteed by the Wilders' earlier guarantees. The initial loan agreement became very specific, however, when all the interested parties entered into the June agreement. The Bank under the umbrella agreement could have decided to make the business decision to stop financing the Company at any time prior to the June agreement. After that agreement this option was closed to it. It agreed with the Company and with the guarantors that it would continue to finance the Company at least until it had completed the Alberta road projects. It failed to do so despite the fact that the Wilders kept their part of the bargain. The Bank's breach not only increased the guarantors' risk in a way which was "not plainly unsubstantial" and impaired their security; it put the principal debtor out of business and into bankruptcy. Such conduct on the part of the Bank cannot, in my opinion, be viewed as within the purview of the clause in the guarantee contracts permitting the Bank to deal with the Company and the guarantors as it "may see fit". I agree with Lambert J.A. that such a clause must be construed as extending to lawful dealings only.

I would dismiss the appeal with costs and order the appellant to release to the respondents its claim to the life insurance proceeds hypothecated to it as security for the respondents' guarantees.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Campney & Murphy, Vancouver.

Solicitors for the respondents: Dungate, Nicholson & Co., Prince George.

6. Conclusions

En l'espèce, il y a eu un accord-cadre de prêt, de nature générale, aux termes duquel la banque a accepté de financer les affaires de la société. Cet accord général était celui garanti par les cautionnements antérieurs des Wilder. Toutefois, cet accord de prêt initial est devenu très spécifique lorsque toutes les parties intéressées ont conclu l'entente de juin. En vertu de l'accord-cadre, la banque aurait pu prendre la décision commerciale de cesser de financer la société en tout temps avant l'entente de juin. Après cette entente, elle n'avait plus ce choix. Elle a convenu avec la société et avec les garants qu'elle continuerait à financer la société au moins jusqu'à ce qu'elle ait terminé les projets de construction routière en Alberta. Elle ne l'a pas fait malgré que les Wilder aient respecté leur partie de l'entente. La violation de la banque a non seulement augmenté le risque des garants d'une manière qui n'était «pas clairement insuffisante» et a réduit leur garantie, mais encore elle a forcé le débiteur principal à se retirer des affaires et à déclarer faillite. Une telle conduite de la part de la banque ne peut, à mon avis, être considérée comme relevant de la clause des contrats de cautionnement qui permet à la banque de traiter avec la société et les garants de la manière qu'elle «peut juger appropriée». Je conviens avec le juge Lambert qu'une telle clause doit être interprétée comme s'appliquant seulement aux opérations légales.

Je suis d'avis de rejeter le pourvoi avec dépens et d'ordonner à l'appelante de renoncer à sa réclamation à l'égard du produit de l'assurance sur la vie des intimés, qui lui a été cédé à titre de garantie pour leurs cautionnements.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelante: Campney & Murphy, Vancouver.

Procureurs des intimés: Dungate, Nicholson & Co., Prince George.

Henry Steckler and Arthur Steckler *Appellants*

v.

The City of Montréal *Respondent*

INDEXED AS: MONTRÉAL (CITY OF) *v.* STECKLER

File No.: 17948.

*1986: April 28, 29.

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

**Re-hearing: 1986: November 4; 1986: November 27.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR QUEBEC

Municipal law — Real estate taxes — Action for recovery — Whether the phrase "any subsequent purchaser" in s. 792 of the Charter of the City of Montreal includes the purchaser in a judicial sale.

Statutes and Regulations Cited

Charter of the City of Montreal, 1960, S.Q. 1959-60, c. 102, s. 792.

APPEAL from a judgment of the Quebec Court of Appeal, [1983] C.A. 215, reversing a judgment of the Municipal Court of Montréal (1979), 10 M.P.L.R. 34. Appeal dismissed.

Jacques Viau, Q.C., and *André Comeau*, for the appellants.

Serge Barrière and *Neuville Lacroix*, for the respondent.

English version of the judgment delivered by

THE COURT—We all agree with the Court of Appeal, [1983] C.A. 215, that the phrase "any subsequent purchaser" in s. 792 of the *Charter of the City of Montreal, 1960*, S.Q. 1959-60, c. 102, includes the purchaser in a judicial sale, that the Charter makes no distinction in respect of the latter and that there is no reason to make a distinction where the law makes none. The Court does not rule on whether appellants could set up

Henry Steckler et Arthur Steckler *Appelants*

c.

La Ville de Montréal *Intimée*

RÉPERTORIÉ: MONTRÉAL (VILLE DE) *c.* STECKLER

N° du greffe: 17948.

*1986: 28, 29 avril.

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

**Nouvelle audition: 1986: 4 novembre; 1986: 27 novembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL DU QUÉBEC

Droit municipal — Taxes foncières — Action en recouvrement — L'expression «tout acquéreur subséquent» à l'art. 792 de la Charte de la Ville de Montréal comprend-elle l'adjudicataire dans une vente en justice?

Lois et règlements cités

Charte de la Ville de Montréal, 1960, S.Q. 1959-60, chap. 102, art. 792.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel du Québec, [1983] C.A. 215, qui a infirmé un jugement de la Cour municipale de Montréal (1979), 10 M.P.L.R. 34. Pourvoi rejeté.

Jacques Viau, c.r., et *André Comeau*, pour les appelants.

Serge Barrière et *Neuville Lacroix*, pour l'intimée.

Le jugement suivant a été rendu par

LA COUR—Nous sommes tous d'accord avec la Cour d'appel, [1983] C.A. 215, que l'expression «tout acquéreur subséquent» à l'art. 792 de la *Charte de la Ville de Montréal, 1960*, S.Q. 1959-60, chap. 102, comprend l'adjudicataire dans une vente en justice, que la Charte ne fait pas de distinction en ce qui concerne celui-ci et qu'il n'y a pas lieu de faire une distinction là où la loi n'en fait pas. La Cour ne se prononce pas sur la possibi-

against respondent an estoppel which was rejected by the Court of Appeal and was not put forward by appellants. The appeal is dismissed with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellants: Viau Hébert Denault, Montréal.

Solicitors for the respondent: Péloquin, Allard & Lacroix, Montréal.

lité pour les appelants d'opposer à l'intimée une fin de non recevoir que la Cour d'appel a écarté et que les appelants n'invoquent pas. Le pourvoi est rejeté avec dépens.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs des appelants: Viau Hébert Denault, Montréal.

Procureurs de l'intimée: Péloquin, Allard & Lacroix, Montréal.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 5, 1986 Vol. 2

5e cahier, 1986 Vol. 2

Cited as [1986] 2 S.C.R. 573-711

Renvoi [1986] 2 R.C.S. 573-711

NOTICE TO THE PROFESSION

Counsel practising in the Supreme Court of Canada on appeals are requested to observe the following guidelines where copies of authorities are supplied for the use of the Court:

1. Case books of authorities should include only the cases to which counsel actually intend to refer in the oral argument. The passages to be relied upon in each of the authorities should be indicated by page references and highlighted by underlining or sidelining.

2. All possible efforts should be made to assure that the authorities provided to the Court by one party do not duplicate authorities provided by the other party or parties. Case books should indicate whether they are filed by the appellant, the respondent or the intervenor. A joint case book is acceptable.

3. Case books should have a tab for each case (either numerical or by letters) and should include an index of the authorities reproduced therein. Case book pages do not have to be numbered if the page numbers of each authority are clearly shown.

4. Case books should be filed, if possible, not later than the Monday of the week preceding the hearing of the appeal.

5. Counsel may, in their discretion, limit the photocopying of an unduly long case to the specific passage or passages upon which they rely, together with headnote.

This Practice Notice replaces two (2) Practice Notes of June 1986.

AVIS AUX AVOCATS

Lorsque les avocats qui plaident des pourvois en Cour suprême du Canada produisent un dossier de jurisprudence et doctrine pour la Cour, ils doivent suivre les règles suivantes:

1. Le dossier doit se limiter aux textes que l'avocat veut effectivement citer au cours de sa plaidoirie. Les passages utilisés doivent être indiqués par des renvois aux pages et être soulignés dans le texte ou dans la marge.

2. Tous les efforts possibles doivent être faits pour s'assurer que la jurisprudence et la doctrine fournies à la Cour par une partie ne font pas double emploi avec celles produites par les autres parties. Le dossier doit indiquer s'il est produit par l'appelant, l'intimé ou par un intervenant. On peut produire un tel dossier conjointement.

3. Dans chaque dossier, les textes doivent être séparés par des onglets portant une mention numérique ou alphabétique et une table des matières doit être incluse. Il n'est pas nécessaire de numéroter les pages du dossier si la pagination de chaque texte est claire.

4. Le dossier de jurisprudence et doctrine doit si possible être produit au plus tard le lundi de la semaine précédant celle de l'audition du pourvoi.

5. Les avocats peuvent limiter la photocopie d'arrêts particulièrement longs aux passages précis qu'ils veulent invoquer, en y joignant les sommaires.

Le présent avis remplace les deux (2) avis de juin 1986.

Guy Goulard

REGISTRAR REGISTRAIRE

January, 1987 Janvier 1987

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, 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, 1986.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, 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, 1986.

CONTENTS

Canadian National Transportation Ltd. *v.* Alberta Provincial Court 711

Courts — Jurisdiction — No jurisdictional error shown.

Carey *v.* Ontario 637

Evidence — Crown privilege — Production of cabinet and cabinet committee documents necessary to legal case — Low level policy matter several years old and of little public interest — Crown privilege claimed because of class of documents — Whether court should inspect documents to decide whether Crown's claim valid — Whether Crown's claim to immunity should be upheld.

Finlay *v.* Canada (Minister of Finance) 607

Actions — Standing — Non-constitutional challenge by private individual to the statutory authority for federal public expenditure — Person in need within the meaning of the Canada Assistance Plan seeking a declaration that cost-sharing payments by Canada to Manitoba pursuant to the Plan are illegal and an injunction to stop the payments because of provincial non-compliance with the conditions and undertakings imposed by the Plan — Plaintiff claiming to be prejudiced by the provincial non-compliance — Whether plaintiff has standing to seek the declaratory and injunctive relief — Whether statement of claim discloses reasonable cause of action.

Giouroukos *v.* Cadillac Fairview Corp. 707

Limitation of actions — Real property — Adverse possession — Commencement of limitation period — Disputed land used by appellant and his predecessors in title as a parking area for restaurant for twenty years — Disputed land continuously

Continued on next page

SOMMAIRE

Carey *c.* Ontario 637

Preuve — Privilège de la Couronne — Production de documents du Cabinet et de comités du Cabinet nécessaires à une action en justice — Question de politique de moindre importance datant de plusieurs années et de peu d'intérêt pour le public — Revendication du privilège de la Couronne fondée sur la catégorie de documents — La cour doit-elle examiner les documents afin de décider du bien-fondé de la revendication de la Couronne? — Convient-il de faire droit à la demande d'immunité avancée par la Couronne?

Finlay *c.* Canada (Ministre des Finances) 607

Actions — Qualité pour agir — Contestation non constitutionnelle par un particulier à l'égard du pouvoir légal d'engager une dépense publique fédérale — Personne nécessiteuse au sens du Régime d'assistance publique du Canada cherchant à faire déclarer que les versements du Canada au Manitoba au titre du partage des frais conformément au Régime sont illégaux et à obtenir une injonction pour interrompre les paiements à cause du non-respect par la province des conditions et engagements imposés par le Régime — Demandeur alléguant avoir subi un préjudice à cause du non-respect de la province — Le demandeur a-t-il qualité pour demander un jugement déclaratoire et une injonction? — La déclaration révèle-t-elle une cause d'action raisonnable?

Giouroukos *c.* Cadillac Fairview Corp. 707

Prescription — Immeubles — Possession malgré le propriétaire — Début de la période de prescription — Bien-fonds en cause utilisé par l'appelant et ces prédécesseurs comme stationnement de restaurant pendant vingt ans — Bien-fonds en cause loué en permanence au cours de cette période sauf au cours des huit

Suite à la page suivante

CONTENTS (Concluded)

leased during that period except for last eight years — Limitation period commencing against owner only when tenancies terminated — Respondents' claim to recover possession of their land not barred by Limitations Act — Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240.

R. *v.* Head **684**

Criminal law — Jury verdict — Validity — Charge of attempted murder with lesser included offences — Jury foreman replying "not guilty" to clerk's question — Accused discharged and jury dismissed — Foreman indicating possible different verdict on lesser included offences — Trial judge finding himself *functus* — Whether or not jury can be reconvened to reconsider its verdict — Whether or not jury can be reconvened to complete or correct transmission and recording of verdict reached prior to its dismissal.

R. *v.* Nehring **709**

Criminal law — Direction regarding burden of proof — Second degree murder — Whether trial judge misdirected himself.

Criminal law — Evidence — Second degree murder — Whether trial judge failed to assess evidence which could have affected his verdict — Whether trial judge failed to alert himself concerning danger of accepting evidence of accomplice.

RWDSU *v.* Dolphin Delivery Ltd. **573**

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Interlocutory injunction against secondary picketing — Application based on common law rule against inducing breach of contract — Whether injunction offending Charter right to freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 32(1) — Constitution Act, 1982, s. 52(1).

SOMMAIRE (Fin)

dernières années — Période de prescription ne courant à l'égard du propriétaire qu'à partir de la fin de la location — Réclamation des intimées pour recouvrer la possession de leur bien-fonds non prescrite — Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, chap. 240.

R. *c.* Head **684**

Droit criminel — Verdict d'un jury — Validité — Accusation de tentative de meurtre comportant des infractions incluses moindres — Le président du jury répond «non coupable» à la question posée par le greffier — Accusé relâché et jury libéré — Le président du jury soulève la possibilité d'un verdict différent relativement aux infractions incluses moindres — Le juge du procès se déclare *functus* — Le jury peut-il être convoqué de nouveau pour réexaminer son verdict? — Le jury peut-il être convoqué de nouveau pour compléter ou rectifier la communication et l'inscription du verdict auquel il est arrivé avant d'être libéré?

R. *c.* Nehring **709**

Droit criminel — Directive relative à la charge de la preuve — Meurtre au second degré — Le juge du procès s'est-il donné une directive erronée?

Droit criminel — Preuve — Meurtre au second degré — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant d'évaluer la preuve qui pouvait influer sur son verdict? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de se mettre en garde relativement au danger d'accepter le témoignage d'un complice.

SDGMR *c.* Dolphin Delivery Ltd. **573**

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Injonction interlocutoire empêchant le piquetage secondaire — Demande fondée sur la règle de *common law* interdisant l'incitation à la rupture de contrat — L'injonction porte-t-elle atteinte au droit à la liberté d'expression conféré par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 32(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Transports Nationaux du Canada Ltée *c.* Cour provinciale de l'Alberta **711**

Tribunaux — Compétence — Aucune erreur de compétence démontrée.

Retail, Wholesale and Department Store Union, Local 580, Al Peterson and Donna Alexander *Appellants*

v.

Dolphin Delivery Ltd. *Respondent*

and

Attorney General of Canada, Attorney General of British Columbia, Attorney General for Alberta and Attorney General of Newfoundland *Interveners*

INDEXED AS: RWDSU *v.* DOLPHIN DELIVERY LTD.

File No.: 18720.

1984: December 6, 7; 1986: December 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR BRITISH COLUMBIA

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of expression — Interlocutory injunction against secondary picketing — Application based on common law rule against inducing breach of contract — Whether injunction offending Charter right to freedom of expression — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 32(1) — Constitution Act, 1982, s. 52(1).

Appellant was the federally certified bargaining agent for the locked out employees of Purolator, an Ontario based courier. Prior to the lockout, respondent made deliveries for Purolator in its area and afterwards, for Supercourier, a company connected with Purolator. Appellant applied to the British Columbia Labour Relations Board for a declaration that respondent and Supercourier were allies of Purolator in their dispute with appellant. Such a finding would have rendered the picketing of respondent's business premises lawful, and consequently would have affected its business in that its collective agreement provided that its employees' refusal to cross a lawful picket line was not a violation of the agreement or grounds for disciplinary action or discharge. When the Board declined to hear the application for want of jurisdiction, the labour relations of the appellant being within federal jurisdiction, the legality of appellant's proposed picketing then fell for determination under the common law because the *Canada Labour Code* was silent on the issue. No picketing occurred at respondent's premises as respondent was

Syndicat des détaillants, grossistes et magasins à rayons, section locale 580, Al Peterson et Donna Alexander *Appelants*

c.

Dolphin Delivery Ltd. *Intimée*

et

Procureur général du Canada, procureur général de la Colombie-Britannique, procureur général de l'Alberta et procureur général de Terre-Neuve *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: SDGMR *c.* DOLPHIN DELIVERY LTD.

N° du greffe: 18720.

1984: 6, 7 décembre: 1986: 18 décembre.

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 COLOMBIE-BRITANNIQUE

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté d'expression — Injonction interlocutoire empêchant le piquetage secondaire — Demande fondée sur la règle de common law interdisant l'incitation à la rupture de contrat — L'injonction porte-t-elle atteinte au droit à la liberté d'expression conféré par la Charte? — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 32(1) — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Le syndicat appelant était accrédité en vertu de la loi fédérale comme agent négociateur des employés lock-outés de Purolator, une entreprise de messageries ayant son siège social en Ontario. Antérieurement au lock-out, l'intimée effectuait des livraisons pour Purolator dans la région qu'elle desservait et, après le lock-out, en a fait autant pour Supercourier, une société ayant des liens avec Purolator. L'appelant a demandé à la Commission des relations de travail de la Colombie-Britannique une déclaration portant que l'intimée et Supercourier étaient des alliées de Purolator dans le conflit en cause. Une pareille déclaration aurait rendu légal le piquetage de l'établissement de l'intimée, ce qui aurait eu un effet sur son entreprise puisque, aux termes de la convention collective, le refus des employés de franchir une ligne de piquetage légalement dressée ne constituait pas une violation de la convention et n'entraînait ni mesures disciplinaires ni renvoi. Quand la Commission s'est déclarée incompétente pour entendre la demande, les relations de travail de l'appelant étant de compétence fédérale, la légalité du piquetage envisagé par l'appelant

granted a *quia timet* injunction which was upheld on appeal. At issue here is whether secondary picketing in a labour dispute is protected as freedom of expression under s. 2(*b*) of the *Charter* and accordingly not the proper subject of an injunction to restrain it.

Held: The appeal should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard and Le Dain JJ: All picketing involves some form of expression and enjoys *Charter* protection unless some action on the part of the picketers alters its nature and removes it from *Charter* protection. *Charter* protection of this freedom does not encompass violence, threats of violence or other unlawful acts. The picketing at issue, although intended to bring about economic pressure and to induce the common law tort of breach of contract, was protected by the *Charter*.

The *Charter* applies to the common law. The language of s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982* clearly includes the common law and a construction of that section that would exclude the common law from the *Charter*'s application would be wholly unrealistic.

The *Charter* does not apply to private litigation completely divorced from any connection with government. Section 32 specifies that the *Charter* applies to the legislative, executive and administrative branches of government: their actions are subject to the *Charter* whether invoked in public or private litigation. An order of the Court, however, cannot be equated with government action for the purposes of *Charter* application notwithstanding political theory. The Courts, while bound by the *Charter*, act as neutral arbiters and to regard a court order as an element of government action necessary to invoke the *Charter* would unduly widen the scope of the *Charter*'s application to virtually all litigation.

Although government action is generally dependant on statutory authority, it may rely as well on the common law as in the case of the prerogative. The *Charter* will apply to the common law where the common law is the basis for some governmental action

a donc dû être déterminée en fonction de la *common law* étant donné le silence du *Code canadien du travail* sur la question. Il n'y a pas eu de piquetage à l'établissement de l'intimée parce que celle-ci a obtenu une injonction *quia timet*, laquelle a été confirmée en appel. La question en l'espèce est de savoir si le piquetage secondaire dans le cadre d'un conflit de travail relève de la liberté d'expression accordée par l'al. 2*b*) de la *Charte*, de sorte qu'il ne peut pas à bon droit être empêché par voie d'injonction.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Chouinard et Le Dain: Tout piquetage comporte un certain élément d'expression et jouit de la protection de la *Charte*, à moins que quelque acte des piqueteurs ne vienne changer la nature du piquetage de manière qu'il ne bénéficie plus de la protection de la *Charte*. La protection que la *Charte* accorde à cette liberté n'englobe ni les cas de violence ou de menaces de violence ni d'autres actes illégaux. Quoiqu'il ait eu pour objet la création d'une pression économique et l'incitation à la perpétration du délit civil de rupture de contrat prévu par la *common law*, le piquetage en cause était protégé par la *Charte*.

La *Charte* s'applique à la *common law*. Les termes du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* comprennent manifestement la *common law* et il serait tout à fait irréaliste d'interpréter ce paragraphe de manière à exclure la *common law* du champ d'application de la *Charte*.

La *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés n'ayant aucun lien avec le gouvernement. L'article 32 précise que la *Charte* s'applique aux branches législative, exécutive, et administrative du gouvernement: leurs actes sont soumis à la *Charte*, qu'elle soit invoquée dans un litige public ou un litige privé. Toutefois, malgré ce que dit la théorie politique, on ne saurait aux fins de l'application de la *Charte* assimiler l'ordonnance d'un tribunal à un acte du gouvernement. Les tribunaux, bien que liés par la *Charte*, agissent en tant qu'arbitres impartiaux et, si l'ordonnance d'un tribunal devait être considérée comme l'élément d'intervention gouvernementale requise pour que la *Charte* puisse être invoquée, on se trouverait à élargir indûment la portée de la *Charte* pour la rendre applicable à presque tous les litiges.

Bien que les actes du gouvernement dépendent généralement d'une autorisation conférée par la loi, un acte peut aussi reposer sur la *common law*, comme dans le cas de la prérogative. La *Charte* s'applique à la *common law* dans la mesure où celle-ci constitue le fondement

which is alleged to have infringed a guaranteed right or freedom.

It is difficult and probably dangerous to attempt to define with narrow precision that element of government intervention necessary to bring the *Charter* into play by private litigants in private litigation. It would seem that the *Charter* would apply to delegated legislation such as regulations, orders in council, possibly municipal by-laws and by-laws and regulations of other creatures of Parliament and the legislatures. Where government action of such nature is present, and where a private litigant relies on it to cause an infringement of the *Charter* rights of another, the *Charter* applies. Where, however, a private party sues another relying on the common law and where no government action is relied upon to support the action, the *Charter* will not apply.

The *Charter* did not apply to the case at bar. This litigation was between purely private parties and did not involve any exercise of or reliance on governmental action which would invoke the *Charter*. The application for the injunction was supported in this Court solely on the basis of the common law tort of inducing a breach of contract. Had the *Charter* applied, s. 1 of the *Charter* would have been effective to justify the granting of the injunction.

Per Beetz J.: For reasons stated by the majority of the British Columbia Court of Appeal, the picketing enjoined here would not have been a form of expression and consequently no question of infringement of s. 2(*b*) of the *Charter* could arise. The reasons of McIntyre J. were otherwise agreed with.

Per Wilson J.: On a s. 1 analysis the purpose and objectives of a common law principle must be ascertained through an objective approach in the same way as the purposes and objectives of an impugned piece of legislation are ascertained. Two distinct questions must be answered in this case. First, does the tort of inducing breach of contract represent a reasonable limit under s. 1 on freedom of expression in the labour relations context? Second, if the tort represents a reasonable limit under s. 1, should injunctive relief be granted in this case? If the tort does not survive the first question, the conduct is not wrongful and no injunction can issue. If the tort survives the first question, the facts must be considered to see whether the other requirements for the award of an interlocutory injunction are present, i.e.,

Il est difficile et probablement dangereux de tenter de définir avec une précision trop rigoureuse l'élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour que des justiciables privés puissent invoquer la *Charte* dans un litige privé. Il semblerait que la *Charte* s'applique à la législation déléguée, tels les règlements, les décrets, peut-être les règlements municipaux et les règlements administratifs et généraux d'autres organes créés par le Parlement et les législatures. Lorsqu'il y a un acte gouvernemental de ce genre et qu'un justiciable privé l'invoque et que cela occasionne une violation des droits conférés à une autre personne par la *Charte*, celle-ci doit s'appliquer. Quand toutefois une partie privée en poursuit une autre en s'appuyant sur la *common law* et que l'action n'est fondée sur aucun acte du gouvernement, la *Charte* ne s'applique pas.

La *Charte* ne s'applique pas en l'espèce. Il s'agit d'un litige entre parties privées seulement, litige dans lequel il n'y a pas eu d'acte gouvernemental susceptible d'entraîner l'application de la *Charte* et dans lequel aucun acte du gouvernement n'a été invoqué. La demande d'injonction ne s'est appuyée en cette Cour que sur le délit civil d'incitation à la rupture de contrat prévu par la *common law*. Si la *Charte* s'était appliquée, l'article premier aurait joué pour justifier la délivrance de l'injonction.

Le juge Beetz: Pour les motifs exposés par la majorité en Cour d'appel de la Colombie-Britannique, le piquetage qui a été interdit en l'espèce ne peut constituer une forme d'expression et il ne peut donc être aucunement question de violation de l'al. 2*b*) de la *Charte*. Pour le reste, les motifs du juge McIntyre reçoivent un accord.

Le juge Wilson: Au cours d'une analyse en vertu de l'article premier, il faut déterminer les buts et objectifs d'un principe de *common law* selon une démarche objective comme celle suivie pour déterminer les buts et objectifs d'un texte législatif en litige. Il faut répondre à deux questions distinctes en l'espèce. D'abord le délit civil d'incitation à la rupture de contrat représente-t-il, au sens de l'article premier, une limite raisonnable de la liberté d'expression dans le contexte des relations de travail? Ensuite, si le délit civil représente une limite raisonnable au sens de l'article premier, une injonction doit-elle être accordée en l'espèce? Si le délit civil ne passe pas le cap de la première question, il s'ensuit évidemment que la conduite n'est pas préjudiciable et qu'on ne peut pas délivrer d'injonction. Si, par contre, il passe ce cap, on doit considérer les faits pour déterminer si les autres critères de délivrance d'une injonction interlocutoire sont présents, c'est-à-dire, la prépondérance des inconvénients est-elle favorable au demandeur? Pour

whether the balance of convenience favours the plaintiff. The reasons of McIntyre J. were otherwise agreed with.

Cases Cited

By McIntyre J.

Considered: *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728, 54 O.R. (2d) 513; **referred to**: *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265; *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940); *Milk Wagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies*, 312 U.S. 287 (1941); *Channel Seven Television Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians*, [1971] 5 W.W.R. 328; *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. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Cat Productions Ltd. v. Macedo*, [1985] 1 F.C. 269.

By Wilson J.

Referred to: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103.

Statutes and Regulations Cited

Canada Labour Code, R.S.C. 1970, c. L-1.
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*b*), (*d*), 15(1), 32(1).
Constitution Act, 1867, ss. 12, 16, 132.
Constitution Act, 1982, s. 52(1).
Human Rights Code, 1981, S.O. 1981, c. 53, s. 19(2).
Labour Code, R.S.B.C. 1979, c. 212, ss. 85(3), 88.

Authors Cited

Gibson, Dale. "The Charter of Rights and the Private Sector" (1982), 12 *Man. L.J.* 213.
Gibson, Dale. "Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of 'Government' under Section 32(1) of the Charter" (1983), 13 *Man. L.J.* 505.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Manning, Morris. *Rights, Freedoms and the Courts*. Toronto: Edmond-Montgomery, 1983.
McLellan, A. Anne and Bruce P. Elman. "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361.
Mill, John Stuart. "On Liberty". In *On Liberty and considerations on Representative Government*. Edited by R. B. McCallum. Oxford: Basil Blackwell, 1946.
Milton, John. *Areopagitica; A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England*. London: 1644.
Swinton, Katherine. "Application of the Canadian

le reste, les motifs du juge McIntyre reçoivent un accord.

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Arrêt examiné: *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728, 54 O.R. (2d) 513; **arrêts mentionnés**: *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919); *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265; *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285; *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940); *Milk Wagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies*, 312 U.S. 287 (1941); *Channel Seven Television Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians*, [1971] 5 W.W.R. 328; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Cat Productions Ltd. c. Macedo*, [1985] 1 C.F. 269.

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103.

Lois et règlements cités

Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*b*), *d*), 15(1), 32(1).
Code canadien du travail, S.R.C. 1970, chap. L-1.
Code des droits de la personne, L.O. 1981, chap. 53, art. 19(2).
Labour Code, R.S.B.C. 1979, chap. 212, art. 85(3), 88.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 12, 16, 132.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

Doctrine citée

Gibson, Dale. «The Charter of Rights and the Private Sector» (1982), 12 *Man. L.J.* 213.
Gibson, Dale. «Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of 'Government' under Section 32(1) of the Charter» (1983), 13 *Man. L.J.* 505.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Manning, Morris. *Rights, Freedoms and the Courts*. Toronto: Edmond-Montgomery, 1983.
McLellan, A. Anne and Bruce P. Elman. «To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32 » (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361.
Mill, John Stuart. «On Liberty». In *On Liberty and considerations on Representative Government*. Edited by R. B. McCallum. Oxford: Basil Blackwell, 1946.
Milton, John. *Areopagitica; A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England*. London: 1644.
Swinton, Katherine. «Application de la Charte cana-

Charter of Rights and Freedoms". In W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms—Commentary*. Toronto: Carswells, 1982.

Tarnopolsky, Walter S. "The Equality Rights". In W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms—Commentary*. Toronto: Carswells, 1982.

Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences*. Toronto: Carswells, 1980.

APPEAL from a judgment of the British Columbia Court of Appeal, [1984] 3 W.W.R. 481, 52 B.C.L.R. 1, 84 CLLC ¶14,036, dismissing an appeal from an order of Sheppard L.J.S.C., [1983] B.C.W.L.D. 100, granting an interlocutory injunction. Appeal dismissed.

F. Schroeder, for the appellants.

Peter Gall and *Donald Jordan*, for the respondent.

James M. Mabbutt and *Peter K. Doody*, for the intervener the Attorney General of Canada.

Jack Giles, Q.C., and *Robert McDonell*, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Brian R. Burrows, for the intervener the Attorney General for Alberta.

James L. Thistle and *Deborah E. Fry*, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

The judgment of Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Chouinard and Le Dain JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—This appeal raises the question of whether secondary picketing by members of a trade union in a labour dispute is a protected activity under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, accordingly, not the proper subject of an injunction to restrain it. In reaching the answer, consideration must be given to the application of the *Charter* to the common law and as well to its application in private litigation.

dienne des droits et libertés». Dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.

Tarnopolsky, Walter S. «Les droits à l'égalité». Dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.

Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences*. Toronto, Carswells, 1980.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, [1984] 3 W.W.R. 481, 52 B.C.L.R. 1, 84 CLLC ¶14,036, qui a rejeté un appel d'une ordonnance du juge local Sheppard de la Cour suprême, [1983] B.C.W.L.D. 100, qui avait accordé une injonction interlocutoire. Pourvoi rejeté.

F. Schroeder, pour les appelants.

Peter Gall et *Donald Jordan*, pour l'intimée.

James M. Mabbutt et *Peter K. Doody*, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Jack Giles, c.r., et *Robert McDonell*, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Brian R. Burrows, pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

James L. Thistle et *Deborah E. Fry*, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Estey, McIntyre, Chouinard et Le Dain rendu par

LE JUGE MCINTYRE—Ce pourvoi soulève la question de savoir si le piquetage secondaire fait par les membres d'un syndicat ouvrier dans le cadre d'un conflit de travail est une activité protégée par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés* et qui, en conséquence, ne peut pas à bon droit être empêchée par voie d'injonction. En cherchant la réponse à cette question, il faut prendre en considération l'application de la *Charte* à la *common law* ainsi que son application aux litiges privés.

The respondent, Dolphin Delivery Ltd. ("Dolphin"), is a company engaged in the courier business in Vancouver and the surrounding area. Its employees are represented by a trade union, not the appellant. A collective agreement is in effect between Dolphin and the union representing its employees, which provides in clause 8: "it shall not be a violation of this agreement or cause for discipline or discharge if an employee refuses to cross a picket line which has been established in full compliance with the *British Columbia Labour Code*". The appellant trade union is the bargaining agent under a federal certification for the employees of Purolator Courier Incorporated ("Purolator"). That company has a principal place of operations in Ontario but, prior to the month of June, 1981 when it locked out its employees in a labour dispute, it had a place of operations in Vancouver. That dispute is as yet unresolved. Prior to the lock-out, Dolphin did business with Purolator making deliveries within its area for Purolator. Since the lock-out, Dolphin has done business in a similar manner with another company, known as Supercourier Ltd. ("Supercourier"), which is incorporated in Ontario. There is a connection between Supercourier and Purolator, the exact particulars of which are not clearly established in the evidence, but it appears that Dolphin carries on in roughly the same manner with Supercourier as it had formerly done with Purolator and about twenty per cent of its total volume of business originates with Supercourier. This is about the same percentage of business as was done with Purolator before the lock-out.

In October of 1982 the appellant applied to the British Columbia Labour Relations Board for a declaration that Dolphin and Supercourier were allies of Purolator in their dispute with the appellant. A declaration to this effect would have rendered lawful the picketing of the place of business of Dolphin under British Columbia legislation. The Board, however, declined to make the declaration sought, on the basis that it had no jurisdiction because the union's collective bargaining relationship with Purolator and any picketing which might be done were governed by the *Canada Labour Code*, R.S.C. 1970, c. L-1. In the face of this

L'intimée Dolphin Delivery Ltd. («Dolphin») est une société qui exploite une entreprise de messageries à Vancouver et dans les environs. Ses employés sont représentés par un syndicat autre que l'appelant. Suivant l'art. 8 de la convention collective qui régit les rapports entre Dolphin et le syndicat représentant ses employés, [TRADUCTION] «le refus d'un employé de franchir une ligne de piquetage établie en pleine conformité avec le *British Columbia Labour Code* ne constitue pas une violation de la présente convention et ne justifie ni mesures disciplinaires ni renvoi». Le syndicat appelant, accrédité en vertu de la loi fédérale, est l'agent négociateur des employés de Purolator Courier Incorporated («Purolator»). L'établissement principal de cette dernière société se trouve en Ontario mais, avant de lock-outer ses employés en juin 1981 lors d'un conflit de travail, elle avait un établissement à Vancouver. Ce conflit n'est pas encore réglé. Antérieurement au lock-out, Dolphin faisait affaires avec Purolator en effectuant pour celle-ci des livraisons dans la région qu'elle desservait. Depuis le lock-out, Dolphin fait affaires de la même manière avec une autre société connue sous le nom de Supercourier Ltd. («Supercourier») et constituée sous le régime de la loi ontarienne. Il existe entre Supercourier et Purolator un lien dont la nature exacte n'est pas établie clairement dans la preuve. Toutefois, il appert que Dolphin traite avec Supercourier à peu près de la même manière qu'elle le faisait auparavant avec Purolator et qu'environ vingt pour cent de son chiffre d'affaires provient de Supercourier. Cela correspond approximativement au pourcentage de ses affaires avec Purolator avant le lock-out.

En octobre 1982, l'appelant a demandé à la Commission des relations de travail de la Colombie-Britannique une déclaration portant que Dolphin et Supercourier étaient des alliées de Purolator dans le conflit qui les opposait. Aux termes de la loi de la Colombie-Britannique, une déclaration en ce sens aurait rendu légal le piquetage à l'établissement de Dolphin. La Commission a toutefois refusé d'accorder la déclaration demandée, pour le motif qu'elle n'avait pas compétence pour le faire étant donné que les négociations collectives entre le syndicat et Purolator et tout piquetage qui pourrait avoir lieu étaient régis par

finding it became common ground between the parties that where the *Labour Code* of British Columbia, R.S.B.C. 1979, c. 212, does not apply, the legality of picketing falls for determination under the common law because the *Canada Labour Code* is silent on the question. In November of 1982 the individual appellants, on behalf of the appellant union, advised Dolphin that its place of business in Vancouver would be picketed unless it agreed to cease doing business with Supercourier. An application was made at once for a *quia timet* injunction to restrain the threatened picketing. No picketing occurred, the application being made before its commencement.

The matter came before Sheppard L.J.S.C. and on November 30 he granted the injunction in these terms:

> ... that the Defendants and each of them and anyone acting for them or under their instructions, and anyone who has knowledge of such Order, be restrained from picketing or causing to be picketed the Plaintiff's place of business or near 30 West Pender Street, Vancouver, or elsewhere in the Province of British Columbia pending the trial or other disposition of this action.

He declined to find that Purolator and Dolphin were in fact allies, and said:

> On the material before me, I cannot agree with Counsel's interpretation of the facts. Clearly, the plaintiff is owned by persons who have no relationship with the persons who own Supercourier or Purolator. On a balance of probabilities and on the material before me, I find that even if Supercourier is a subterfuge set up by Purolator to circumvent the labour dispute, (a hypothesis which I find not to have been proven on the material) the plaintiff had no knowledge of this arrangement.

He then went on to say:

> On these facts, it appears to me that one of the leading authorities is the *Moffat Communications* case (supra) and that what the Union proposes in picketing

le *Code canadien du travail*, S.R.C. 1970, chap. L-1. Face à cette conclusion, les parties s'entendent pour dire que, dans les cas où le *Labour Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, chap. 212, ne s'applique pas, la légalité du piquetage doit être déterminée en fonction de la *common law* vu le silence du *Code canadien du travail* sur cette question. En novembre 1982, les particuliers appelants ont, au nom du syndicat appelant, prévenu Dolphin que son établissement à Vancouver ferait l'objet de piquetage à moins qu'elle n'accepte de mettre fin à ses relations d'affaires avec Supercourier. Une demande a été faite immédiatement en vue d'obtenir une injonction *quia timet* qui empêcherait ce piquetage. En fait, il n'y a pas eu de piquetage puisque la demande a été faite avant qu'il n'ait pu commencer.

Le juge local Sheppard de la Cour suprême a été saisi de l'affaire et, le 30 novembre, il a accordé une injonction portant:

> [TRADUCTION] ... qu'il est interdit aux défendeurs, individuellement et collectivement, et à toute personne agissant en leur nom ou conformément à leurs directives et à toute personne ayant connaissance de cette ordonnance, de se livrer au piquetage, ou de faire faire du piquetage, à l'établissement de la demanderesse ou aux alentours de 30 ouest, rue Pender à Vancouver ou ailleurs dans la province de la Colombie-Britannique en attendant que le litige soit réglé par voie de procès ou autrement.

Le juge Sheppard a refusé de conclure que Purolator et Dolphin étaient en réalité des alliées, disant à ce propos:

> [TRADUCTION] Je ne puis, sur la foi de la preuve dont je dispose, retenir l'interprétation donnée aux faits par l'avocat. Visiblement, la demanderesse appartient à des personnes qui n'ont aucun lien avec les propriétaires de Supercourier ou de Purolator. Selon la prépondérance des probabilités et compte tenu des éléments de preuve qu'on a produits, je conclus que, même si Supercourier est un subterfuge auquel a eu recours Purolator afin de contourner le conflit de travail (hypothèse qui, selon moi, n'a pas été prouvée), la demanderesse n'était pas au courant de cet arrangement.

Il a ajouté:

> [TRADUCTION] Compte tenu de ces faits, il me semble que l'un des arrêts de principe applicables est *Moffat Communications* (précité) et que ce que compte

the plaintiff applicant is secondary picketing for the purpose either of the tort of inducing breach of contract, or of the tort of civil conspiracy in that the predominant purpose of the picketing is to injure the plaintiff rather than the dissemination of information and the protection of the defendant's interest. Accordingly, I find that the plaintiff is entitled to an injunction to restrain the picketing.

The Court of Appeal (Taggart, Hutcheon and Esson JJ.A.) [[1984] 3 W.W.R. 481] dismissed the appeal. The appellant did not seek to dispute the application of the common law by the Chambers judge. It chose to advance its argument under the *Charter*. The *Charter* had not been raised before the Chambers judge but was argued in the Court of Appeal, the respondent raising no objection to its introduction at that point. The position advanced by the appellant in the Court of Appeal was that the basis for the granting of the injunction, that is, the common law principles adopted and applied by the Chambers judge, had the effect of infringing the fundamental freedoms of the appellant guaranteed under s. 2 of the *Charter*, particularly s. 2(*b*), freedom of expression, and s. 2(*d*), freedom of association.

Esson J.A., speaking for himself and Taggart J.A., concluded that neither freedom of expression nor freedom of association could be invoked to protect the activity being restrained, and that even if freedom of expression of the appellant were infringed it would constitute a reasonable limitation under s. 1 of the *Charter*. Hutcheon J.A. was of the opinion that peaceful picketing is a protected form of expression under the *Charter*. He was of the view, however, that in so far as the purpose of the picketing was to induce a breach of contract, restraint of such picketing might be a reasonable limit under s. 1. He rejected the application of the tort of civil conspiracy in a labour dispute. He agreed with the majority as to the question of freedom of association. He considered that it should be left to the Chambers judge to decide whether the picketing would induce a breach of contract and also whether Dolphin and Purolator were allies. A finding that they were allies would have excluded, in his opinion, operation of s. 1 of the *Charter* because picketing of an ally would be an exercise of free-

faire le syndicat en faisant du piquetage chez la demanderesse requérante est du piquetage secondaire visant la perpétration des délits d'incitation à rompre un contrat ou de complot civil, en ce sens qu'il vise principalement à nuire à la demanderesse plutôt qu'à assurer la diffusion d'information et la protection des intérêts du défendeur. Par conséquent, je conclus que la demanderesse a droit à une injonction empêchant le piquetage.

La Cour d'appel (les juges Taggart, Hutcheon et Esson) [[1984] 3 W.W.R. 481] a rejeté l'appel. L'appelant n'a pas cherché à contester l'application de la *common law* par le juge en chambre. Il a choisi plutôt de s'appuyer sur la *Charte*. Or, la *Charte* n'avait pas été invoquée devant le juge en chambre, mais, l'intimée ne s'y étant pas opposée, elle l'a été en Cour d'appel où l'appelant a fait valoir qu'en adoptant et en appliquant des principes de *common law* comme fondement de sa décision d'accorder l'injonction, le juge en chambre a porté atteinte aux libertés fondamentales que lui garantit l'art. 2 de la *Charte*, en particulier l'al. 2*b*) relatif à la liberté d'expression et l'al. 2*d*) relatif à la liberté d'association.

Le juge Esson, s'exprimant en son propre nom et en celui du juge Taggart, a conclu qu'on ne saurait invoquer ni la liberté d'expression ni la liberté d'association pour protéger l'activité faisant l'objet de l'injonction et que, même s'il y avait atteinte à la liberté d'expression de l'appelant, cela constituerait une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Le juge Hutcheon pour sa part a été d'avis que le piquetage paisible est une forme d'expression protégée par la *Charte*. Il a estimé toutefois que, dans la mesure où le piquetage a pour but d'inciter à rompre un contrat, le fait de l'empêcher pourrait constituer une limite raisonnable au sens de l'article premier. Il a écarté l'applicabilité du délit de complot civil dans le cas d'un conflit de travail. Sur la question de la liberté d'association, il a partagé l'avis de la majorité. Il a estimé qu'il appartenait au juge en chambre de décider si le piquetage occasionnerait une rupture de contrat et aussi si Dolphin et Purolator étaient des alliées. Selon lui, une conclusion affirmative sur ce dernier point aurait exclu l'application de l'article premier de la *Charte* parce que le pique-

dom of expression. In the result, because one basis for the injunction had been shown, he agreed that the appeal should be dismissed.

In this Court, the appellants abandoned any appeal on the basis that the injunction infringed its freedom of association under s. 2(*d*) of the *Charter*. The appeal was limited to the claim that freedom of expression, secured under s. 2(*b*) of the *Charter*, had been infringed and that such an infringement was not a reasonable limit imposed by law under s. 1. The respondent contended that no freedom of expression had been infringed since picketing of the nature contemplated here was not a form of expression and, in the alternative, the injunction would constitute, in any event, a reasonable limit under s. 1.

The task of the Court in dealing with this case is made difficult by the way it developed in the courts below. The application for the injunction was made before any picketing occurred. The evidence was limited to affidavits, and some cross-examination upon them. Findings of fact on the crucial question of the nature of the apprehended picketing are limited. Ordinarily, the Court would not entertain constitutional questions without a more secure factual basis upon which to rest the argument. Because of the nature of this case, however, the Court has felt obliged to do so. I refer below to the findings of fact and to certain assumptions upon which the Court's judgment will rest.

It was said by Esson J.A. in the Court of Appeal [at p. 499]:

> The injunction is directed against secondary picketing, i.e., picketing of the premises and operation of some one who carries on business with the employer but who is a third party to the dispute between the union and employer. The chamber judge considered the question whether the relationship between the plaintiff, Super-Courier and Purolator was such that the plaintiff should not be considered a third party. He concluded that it was a third party. That conclusion must, for the purposes of this appeal, be accepted.

tage dirigé contre une alliée constituerait un exercice de la liberté d'expression. En dernière analyse, puisqu'on avait établi une justification de l'injonction, il a été d'accord pour dire qu'il y avait lieu de rejeter l'appel.

En cette Cour, les appelants ont renoncé à plaider que l'injonction portait atteinte à la liberté d'association que leur confère l'al. 2*d*) de la *Charte*. On a simplement allégué qu'il y a eu violation de la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte* et que cette violation ne constituait pas une limite raisonnable imposée par une règle de droit au sens où l'entend l'article premier. L'intimée a soutenu qu'il n'y avait pas eu d'atteinte à la liberté d'expression puisque le type de piquetage envisagé en l'espèce ne constituait pas une forme d'expression et, subsidiairement, que l'injonction représentait en tout état de cause une limite raisonnable au sens de l'article premier.

La tâche de cette Cour est rendue difficile en l'espèce par la manière dont le litige s'est déroulé devant les tribunaux d'instance inférieure. La demande d'injonction a été faite avant même qu'il n'y ait eu du piquetage. La preuve se limitait à des affidavits et à des contre-interrogatoires portant sur ceux-ci. Les conclusions de fait sur la question fondamentale de la nature du piquetage appréhendé sont limitées. Normalement, la Cour n'accepte d'examiner des questions constitutionnelles que dans les cas où les arguments se fondent sur une base factuelle plus solide. Cependant, en raison de la nature de la présente affaire, la Cour se sent obligée de le faire. Voilà qui m'amène aux conclusions de fait et à certaines hypothèses sur lesquelles reposera la décision de la Cour.

Le juge Esson de la Cour d'appel a dit [à la p. 499]:

> [TRADUCTION] L'injonction vise à empêcher le piquetage secondaire, c.-à-d. le piquetage dirigé contre les locaux et l'entreprise d'une personne qui fait des affaires avec l'employeur, mais qui est étrangère au conflit entre celui-ci et le syndicat. Le juge en chambre s'est penché sur la question de savoir si les rapports entre la demanderesse Supercourier et Purolator étaient tels que la demanderesse ne doit pas être considérée comme un tiers. Il a conclu qu'elle avait cette qualité et on doit, aux fins du présent appel, accepter sa conclusion.

This finding of fact was contested. Counsel for the appellant contended that no such finding could be inferred from the reasons of the Chambers judge. I am of the view, however, from a perusal of the Chambers judge's reasons earlier quoted, that Esson J.A.'s comment was justified and I would accept as a fact that the respondent was found by the Chambers judge to be a third party to the dispute. In addition, the Chambers judge found that the purpose of the picketing was tortious and that the dominant purpose was to injure the plaintiff rather than the dissemination of information and protection of the defendant's interest.

Hutcheon J.A. in the Court of Appeal also seems to have recognized the difficulty regarding the factual underpinning. He said [at p. 484]:

> The interim injunction was granted before any picketing took place. The proper assumptions to be made are that the picketing would be peaceful, that some employees of Dolphin Delivery and other trade union members of customers would not cross the picket line, and that the daily business of Dolphin Delivery would be disrupted to a considerable extent.

These assumptions are reasonable and I adopt them. In summary then, it has been found that the respondent was a third party, that the anticipated picketing would be tortious, that the purpose was to injure the plaintiff. It was assumed that the picketing would be peaceful, that some employees of the respondent and other trade union members of customers would decline to cross the picket lines, and that the business of the respondent would be disrupted to a considerable extent.

The following questions arise:

1. Does the injunction complained of in this case restrict the freedom of expression secured under s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?
2. Does the *Charter* apply to the common law?
3. Does the *Charter* apply in private litigation?
4. If it is found that the injunction does restrict freedom of information, is the limit imposed by the injunction a reasonable limit in accordance with s. 1 of the *Charter*?

Cette conclusion de fait a été contestée. L'avocat de l'appelant soutient qu'aucune conclusion du genre ne se dégage des motifs du juge en chambre. Toutefois, ayant examiné les extraits précités des motifs du juge en chambre, je suis d'avis que l'observation du juge Esson était justifiée et que le juge en chambre a réellement conclu que l'intimée était étrangère au conflit. Le juge de première instance a décidé en outre que l'objet du piquetage était de nature délictuelle et qu'il visait avant tout à nuire à la demanderesse plutôt qu'à assurer la diffusion d'information et la protection des intérêts du défendeur.

Le juge Hutcheon de la Cour d'appel semble avoir lui aussi reconnu la difficulté du fondement factuel. Voici ce qu'il a affirmé [à la p. 484]:

> [TRADUCTION] L'injonction provisoire a été accordée avant même qu'il n'y ait eu du piquetage. Cela étant, il faut présumer que le piquetage serait paisible, que certains employés de Dolphin Delivery et d'autres syndiqués travaillant pour des clients ne franchiraient pas la ligne de piquetage, et que les activités quotidiennes de Dolphin Delivery seraient considérablement perturbées.

Ces hypothèses sont raisonnables et je les fais miennes. En résumé donc, il a été conclu que l'intimée était étrangère au conflit, que le piquetage envisagé serait de nature délictuelle et qu'il avait pour objet de nuire à la demanderesse. On a présumé que le piquetage se passerait paisiblement, que certains employés de l'intimée et d'autres syndiqués travaillant pour des clients refuseraient de franchir les lignes de piquetage et que les affaires de l'intimée seraient considérablement perturbées.

Les questions suivantes se posent:

1. L'injonction dont on se plaint en l'espèce a-t-elle pour effet de restreindre la liberté d'expression garantie par l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*?
2. La *Charte* s'applique-t-elle à la *common law*?
3. La *Charte* s'applique-t-elle aux litiges privés?
4. Si on conclut que l'injonction impose une limite à la liberté d'information, cette limite est-elle raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*?

Freedom of Expression

As has been noted above, the only basis on which the picketing in question was defended by the appellants was under the provisions of s. 2(*b*) of the *Charter* which guarantees the freedom of expression as a fundamental freedom. Freedom of expression is not, however, a creature of the *Charter*. It is one of the fundamental concepts that has formed the basis for the historical development of the political, social and educational institutions of western society. Representative democracy, as we know it today, which is in great part the product of free expression and discussion of varying ideas, depends upon its maintenance and protection.

The importance of freedom of expression has been recognized since early times: see John Milton, *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), and as well John Stuart Mill, "On Liberty" in *On Liberty and considerations on Representative Government* (Oxford 1946), at p. 14:

> If all mankind minus one were of one opinion, and only one person were of the contrary opinion, mankind would be no more justified in silencing that one person, than he, if he had the power, would be justified in silencing mankind.

And, after stating that "All silencing of discussion is an assumption of infallibility", he said, at p. 16:

> Yet it is as evident in itself, as any amount of argument can make it, that ages are no more infallible than individuals; every age having held many opinions which subsequent ages have deemed not only false but absurd; and it is as certain that many opinions now general will be rejected by future ages, as it is that many, once general, are rejected by the present.

Nothing in the vast literature on this subject reduces the importance of Mill's words. The principle of freedom of speech and expression has been firmly accepted as a necessary feature of modern democracy. The courts have recognized this fact.

Liberté d'expression

Comme je l'ai déjà souligné, les appelants n'invoquent pour justifier le piquetage en question que les dispositions de l'al. 2*b*) de la *Charte* qui garantissent la liberté d'expression à titre de liberté fondamentale. La liberté d'expression n'est toutefois pas une création de la *Charte*. Elle constitue l'un des concepts fondamentaux sur lesquels repose le développement historique des institutions politiques, sociales et éducatives de la société occidentale. La démocratie représentative dans sa forme actuelle, qui est en grande partie le fruit de la liberté d'exprimer des idées divergentes et d'en discuter, dépend pour son existence de la préservation et de la protection de cette liberté.

La reconnaissance de l'importance de la liberté d'expression ne date pas d'hier: voir John Milton, *Areopagitica; A Speech for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England* (1644), et John Stuart Mill, «On Liberty» dans *On Liberty and considerations on Representative Government* (Oxford 1946), à la p. 14:

> [TRADUCTION] Si tous les hommes sauf un étaient du même avis et qu'une seule personne fût d'avis contraire, il ne serait pas justifié que l'ensemble des hommes bâillonnent ce seul individu, pas plus qu'il ne serait justifié que ce dernier, s'il en avait le pouvoir, bâillonne tous les autres hommes.

Puis, après avoir dit que [TRADUCTION] «Tout acte ayant pour effet de supprimer la discussion suppose l'infaillibilité de son auteur», il a ajouté à la p. 16:

> [TRADUCTION] Il est toutefois évident d'une évidence qui se passe de démonstration qu'une époque n'est pas plus infaillible que des individus, car chaque époque a été caractérisée par un grand nombre d'opinions qui, à des époques subséquentes, ont été considérées non seulement comme fausses mais comme absurdes; et il est tout autant certain que beaucoup d'opinions maintenant généralement acceptées seront un jour rejetées de la même manière que le sont à présent un bon nombre d'opinions jadis courantes.

L'importance des propos de Mill n'est nullement diminuée par l'abondante documentation qui traite de ce sujet. Le principe de la liberté de parole et d'expression a été accepté sans réserve comme une caractéristique nécessaire de la démocratie

For an American example, see the words of Holmes J. in his dissent in *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), at p. 630:

> Persecution for the expression of opinions seems to me perfectly logical. If you have no doubt of your premises or your power and want a certain result with all your heart you naturally express your wishes in law and sweep away all opposition .... But when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas—that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out.

Prior to the adoption of the *Charter*, freedom of speech and expression had been recognized as an essential feature of Canadian parliamentary democracy. Indeed, this Court may be said to have given it constitutional status. In *Boucher v. The King*, [1951] S.C.R. 265, Rand J., who formed a part of the majority which narrowed the scope of the crime of sedition, said, at p. 288:

> There is no modern authority which holds that the mere effect of tending to create discontent or disaffection among His Majesty's subjects or ill-will or hostility between groups of them, but not tending to issue in illegal conduct, constitutes the crime, and this for obvious reasons. Freedom in thought and speech and disagreement in ideas and beliefs, on every conceivable subject, are of the essence of our life. The clash of critical discussion on political, social and religious subjects has too deeply become the stuff of daily experience to suggest that mere ill-will as a product of controversy can strike down the latter with illegality. A superficial examination of the word shows its insufficiency: what is the degree necessary to criminality? Can it ever, as mere subjective condition, be so? Controversial fury is aroused constantly by differences in abstract conceptions; heresy in some fields is again a mortal sin; there can be fanatical puritanism in ideas as well as in mortals; but our compact of free society accepts and absorbs these differences and they are exercised at large within the framework of freedom and order on broader and

moderne. Les tribunaux ont reconnu ce fait. Pour un exemple américain, voir les motifs de dissidence du juge Holmes dans l'arrêt *Abrams v. United States*, 250 U.S. 616 (1919), à la p. 630:

> [TRADUCTION] La persécution pour l'expression d'opinions me semble parfaitement logique. Il est naturel que quelqu'un qui ne doute pas de ses prémisses ni de son pouvoir et qui désire de tout son cœur obtenir un certain résultat exprime sa volonté sous la forme d'une loi et qu'il balaie toute opposition ... Mais lorsque les hommes se seront rendus compte que le temps a détruit beaucoup de convictions pour lesquelles on était prêt à se battre, ils pourront en arriver à croire, encore plus fermement qu'ils ne croient en le fondement même de leur propre conduite, que le libre échange des idées est le plus sûr moyen d'atteindre le bien suprême souhaité—que c'est le pouvoir d'une idée de triompher de toute concurrence pour enfin se faire accepter qui est la meilleure preuve de sa vérité et que ce n'est qu'à partir d'une base de vérité que les souhaits des hommes peuvent se réaliser sans que cela n'entraîne de risque.

Avant l'adoption de la *Charte*, la liberté de parole et d'expression avait été reconnue comme une caractéristique essentielle de la démocratie parlementaire canadienne. En fait, on peut dire que c'est cette Cour qui lui a conféré son statut constitutionnel. Dans l'arrêt *Boucher v. The King*, [1951] R.C.S. 265, le juge Rand, l'un des juges formant la majorité qui ont restreint la portée du crime de sédition, affirme, à la p. 288:

> [TRADUCTION] Pour des raisons évidentes, aucune décision moderne n'établit que le simple fait de tendre à provoquer le mécontentement ou la désaffection chez les sujets de Sa Majesté ou de causer de l'animosité ou de l'hostilité entre des groupes de ses sujets, sans toutefois tendre à aboutir à une conduite illégale, constitue le crime en question. La liberté d'opinion et de parole et les divergences d'opinions en matière d'idées et de croyances sur tous les sujets concevables sont l'essence de notre vie. Le choc des discussions critiques sur des sujets politiques, sociaux et religieux est tellement ancré dans l'expérience quotidienne qu'on ne peut incriminer les controverses pour le seul motif qu'elles font naître des inimitiés. Un examen superficiel du terme révèle son insuffisance: que faut-il en fait pour qu'une conduite soit criminelle? D'un point de vue purement subjectif, peut-elle jamais l'être? Des divergences d'opinions sur des conceptions abstraites soulèvent continuellement de vives controverses; dans certains domaines l'hérésie tient encore du péché mortel; les idées au même titre que les êtres humains peuvent porter l'empreinte d'un purita-

deeper uniformities as bases of social stability. Similarly in discontent, affection and hostility: as subjective incidents of controversy, they and the ideas which arouse them are part of our living which ultimately serve us in stimulation, in the clarification of thought and, as we believe, in the search for the constitution and truth of things generally.

nisme fanatique; mais notre société libre accepte et assimile ces différences et, reposant sur une uniformité plus profonde et plus étendue qui constitue le fondement de la stabilité sociale, elles se manifestent dans le cadre général de la liberté et de l'ordre. Ainsi en va-t-il aussi du mécontentement, de la désaffection et de l'hostilité; en tant que phénomènes subjectifs découlant de la controverse, ces sentiments et les idées qui les suscitent font partie de notre vie quotidienne et, en dernière analyse, servent à nous stimuler, à clarifier nos idées et, à notre avis, nous aident dans nos efforts de déterminer la nature et la vérité de toutes choses.

In *Switzman v. Elbling*, [1957] S.C.R. 285, where this Court struck down Quebec's padlock law, Rand J. again spoke strongly on this issue. He said, at p. 306:

Dans l'arrêt *Switzman v. Elbling*, [1957] R.C.S. 285, cette Cour a déclaré invalide la «loi du cadenas» du Québec et, une fois de plus, le juge Rand s'est prononcé vigoureusement sur la question. À la page 306, il affirme ce qui suit:

But public opinion, in order to meet such a responsibility, demands the condition of a virtually unobstructed access to and diffusion of ideas. Parliamentary government postulates a capacity in men, acting freely and under self-restraints, to govern themselves; and that advance is best served in the degree achieved of individual liberation from subjective as well as objective shackles. Under that government, the freedom of discussion in Canada, as a subject-matter of legislation, has a unity of interest and significance extending equally to every part of the Dominion. With such dimensions it is *ipso facto* excluded from head 16 as a local matter.

[TRADUCTION] Toutefois, l'opinion publique, pour faire face à une telle responsabilité, exige un accès à peu près libre aux idées et leur diffusion sans entraves. Le gouvernement parlementaire considère comme admise l'aptitude qu'a l'homme, agissant librement et sous son propre empire, à se gouverner lui-même. Ce progrès se réalise le mieux dans le degré de libération de l'homme de ses entraves, tant subjectives qu'objectives. Sous cette forme de gouvernement, la liberté de discussion au Canada, comme sujet de législation, revêt une importance et un intérêt égaux pour toutes les régions. Avec de telles dimensions, elle est *ipso facto* exclue du paragraphe 16 qui traite des matières de nature locale.

This constitutional fact is the political expression of the primary condition of social life, thought and its communication by language. Liberty in this is little less vital to man's mind and spirit than breathing is to his physical existence. As such an inherence in the individual it is embodied in his status of citizenship.

Ce fait constitutionnel est l'expression politique de la condition essentielle de la vie sociale, de la pensée et de sa communication par le langage. La liberté en ce domaine est tout aussi vitale à l'esprit humain que l'est la respiration à l'existence physique de l'individu. En tant que caractère propre à l'individu, elle fait partie de son statut de citoyen.

In the same case, Abbott J. said, at p. 326:

Dans la même affaire, le juge Abbott dit, à la p. 326:

The right of free expression of opinion and of criticism, upon matters of public policy and public administration, and the right to discuss and debate such matters, whether they be social, economic or political, are essential to the working of a parliamentary democracy such as ours.

[TRADUCTION] Le droit d'exprimer librement nos opinions et nos critiques sur des questions d'intérêt public et sur l'administrationn des affaires publiques et le droit de discuter et de débattre ces questions, qu'elles soient sociales, économiques ou politiques, sont des droits essentiels au fonctionnement d'une démocratie parlementaire comme la nôtre.

He went on to make extensive reference to the words of Duff C.J. in *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100, at pp. 132-33, strongly

Il poursuit en se référant abondamment aux propos du juge en chef Duff dans le *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, aux pp. 132

supporting what could almost be described as a constitutional position for the concept of freedom of speech and expression in Canadian law, and then said, at p. 328:

> Although it is not necessary, of course, to determine this question for the purposes of the present appeal, the Canadian constitution being declared to be similar in principle to that of the United Kingdom, I am also of opinion that as our constitutional Act now stands, Parliament itself could not abrogate this right of discussion and debate. The power of Parliament to limit it is, in my view, restricted to such powers as may be exercisable under its exclusive legislative jurisdiction with respect to criminal law and to make laws for the peace, order and good government of the nation.

It will be seen at once that Professor Peter W. Hogg, at p. 713 in his text, *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985), is justified in his comment that:

> Canadian judges have always placed a high value on freedom of expression as an element of parliamentary democracy and have sought to protect it with the limited tools that were at their disposal before the adoption of the Charter of Rights.

The *Charter* has now in s. 2(*b*) declared freedom of expression to be a fundamental freedom and any questions as to its constitutional status have therefore been settled.

The question now arises: Is freedom of expression involved in this case? In seeking an answer to this question, it must be observed at once that in any form of picketing there is involved at least some element of expression. The picketers would be conveying a message which at a very minimum would be classed as persuasion, aimed at deterring customers and prospective customers from doing business with the respondent. The question then arises. Does this expression in the circumstances of this case have *Charter* protection under the provisions of s. 2(*b*), and if it does, then does the injunction abridge or infringe such freedom?

et 133, où celui-ci a prôné énergiquement ce qu'on pourrait presque décrire comme un statut constitutionnel pour la notion de la liberté de parole et d'expression en droit canadien. Puis, à la p. 328, il affirme ceci:

> [TRADUCTION] Même si, naturellement, il n'est pas nécessaire de trancher cette question aux fins du présent pourvoi, puisqu'on a déclaré que la Constitution canadienne reposait sur les mêmes principes que celle du Royaume-Uni, je suis également d'avis que, dans l'état actuel de notre Loi constitutionnelle, le Parlement lui-même ne pourrait abroger ce droit de discussion et de débat. Le pouvoir du Parlement de le limiter se restreint, à mon avis, aux pouvoirs qu'il peut exercer en vertu de sa compétence législative exclusive en matière de droit criminel et à ce qui peut se ranger sous son pouvoir de faire des lois pour la paix, l'ordre et le bon gouvernement de la nation.

On constate immédiatement que c'est avec raison que le professeur Peter W. Hogg a fait remarquer ce qui suit, à la p. 713 de son ouvrage intitulé *Constitutional Law of Canada* (2nd ed. 1985):

> [TRADUCTION] Les juges canadiens ont toujours attaché beaucoup d'importance à la liberté d'expression comme élément de la démocratie parlementaire et, par les moyens limités dont ils disposaient avant l'adoption de la Charte des droits, ils se sont efforcés de protéger cette liberté.

L'alinéa 2*b*) de la *Charte* déclare que la liberté d'expression est une liberté fondamentale et son statut constitutionnel ne fait donc plus aucun doute.

La question qui se pose maintenant est la suivante: La liberté d'expression est-elle en cause en l'espèce? En cherchant la réponse à cette question, il convient de souligner au départ que, quelle que soit la forme qu'il prend, le piquetage comporte un certain élément d'expression. Les piqueteurs se trouveraient à transmettre un message qui serait considéré à tout le moins comme de la persuasion visant à dissuader les clients actuels et éventuels de l'intimée de faire affaires avec celle-ci. La question se pose ensuite de savoir si, dans les circonstances de la présente espèce, il s'agit là d'une forme d'expression qui bénéficie de la protection accordée par l'al. 2*b*) de la *Charte* et, dans l'affirmative, si l'injonction restreint ou porte atteinte à cette liberté.

The appellants argue strongly that picketing is a form of expression fully entitled to *Charter* protection and rely on various authorities to support the proposition, including *Reference re Alberta Statutes*, *supra*; *Switzman v. Elbling*, *supra*; the American cases of *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940) (*per* Murphy J., at p. 95); *Milk Wagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies*, 312 U.S. 287 (1941), (*per* Black J., at p. 302), and various other Canadian authorities. They reject the American distinction between the concept of speech and that of conduct made in picketing cases, and they accept the view of Hutcheon J.A. in the Court of Appeal, in adopting the words of Freedman C.J.M. in *Channel Seven Television Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians*, [1971] 5 W.W.R. 328, that "Peaceful picketing falls within freedom of speech".

Les appelants soutiennent énergiquement que le piquetage est une forme d'expression qui peut parfaitement bénéficier de la protection de la *Charte* et, à l'appui de leur point de vue, ils invoquent plusieurs arrêts dont le *Reference re Alberta Statutes*, précité; *Switzman v. Elbling*, précité; les arrêts américains *Thornhill v. Alabama*, 310 U.S. 88 (1940), (le juge Murphy, à la p. 95); *Milk Wagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies*, 312 U.S. 287 (1941), (le juge Black, à la p. 302); ainsi que plusieurs autres décisions canadiennes. Rejetant la distinction entre la notion de la parole et celle de la conduite que fait la jurisprudence américaine dans les affaires de piquetage, les appelants acceptent l'opinion exprimée par le juge Hutcheon de la Cour d'appel en faisant siens les propos du juge en chef Freeman dans l'arrêt manitobain *Channel Seven Television Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians*, [1971] 5 W.W.R. 328, savoir que [TRADUCTION] «Le piquetage paisible relève du domaine de la liberté de parole».

The respondent contends for a narrower approach to the concept of freedom of expression. The position is summarized in the respondent's factum:

> 4. We submit that constitutional protection under section 2(b) should only be given to those forms of expression that warrant such protection. To do otherwise would trivialize freedom of expression generally and lead to a downgrading or dilution of this freedom.

L'intimée pour sa part donnerait à la notion de la liberté d'expression une portée plus étroite. Sa position est résumée dans son mémoire:

> [TRADUCTION] 4. Nous soutenons que la protection constitutionnelle accordée par l'al. 2*b*) ne doit jouer qu'en faveur des formes d'expression qui méritent cette protection, sinon il y aurait une banalisation générale de la liberté d'expression, qui ne pourrait qu'entraîner l'avilissement ou la dilution de celle-ci.

Reliance is placed on the view of the majority in the Court of Appeal that picketing in a labour dispute is more than mere communication of information. It is also a signal to trade unionists not to cross the picket line. The respect accorded to picket lines by trade unionists is such that the result of the picketing would be to damage seriously the operation of the employer, not to communicate any information. Therefore, it is argued, since the picket line was not intended to promote dialogue or discourse (as would be the case where its purpose was the exercise of freedom of expression), it cannot qualify for protection under the *Charter*.

On s'appuie sur l'opinion, exprimée par la Cour d'appel à la majorité, selon laquelle le piquetage dans un conflit de travail ne sert pas qu'à communiquer de l'information. C'est aussi un appel aux syndiqués à ne pas franchir la ligne de piquetage. Les lignes de piquetage sont à ce point respectées par les syndiqués que le piquetage aurait pour effet non pas de communiquer des renseignements, mais de nuire gravement à l'entreprise de l'employeur. Par conséquent, prétend-on, puisque la ligne de piquetage n'avait pas pour but de favoriser le dialogue ou la discussion (comme ce serait le cas s'il avait pour objet l'exercice de la liberté d'expression), il ne peut bénéficier de la protection de la *Charte*.

On the basis of the findings of fact that I have referred to above, it is evident that the purpose of the picketing in this case was to induce a breach of contract between the respondent and Supercourier and thus to exert economic pressure to force it to cease doing business with Supercourier. It is equally evident that, if successful, the picketing would have done serious injury to the respondent. There is nothing remarkable about this, however, because all picketing is designed to bring economic pressure on the person picketed and to cause economic loss for so long as the object of the picketing remains unfulfilled. There is, as I have earlier said, always some element of expression in picketing. The union is making a statement to the general public that it is involved in a dispute, that it is seeking to impose its will on the object of the picketing, and that it solicits the assistance of the public in honouring the picket line. Action on the part of the picketers will, of course, always accompany the expression, but not every action on the part of the picketers will be such as to alter the nature of the whole transaction and remove it from *Charter* protection for freedom of expression. That freedom, of course, would not extend to protect threats of violence or acts of violence. It would not protect the destruction of property, or assaults, or other clearly unlawful conduct. We need not, however, be concerned with such matters here because the picketing would have been peaceful. I am therefore of the view that the picketing sought to be restrained would have involved the exercise of the right of freedom of expression.

Compte tenu des conclusions de fait déjà mentionnées, il est évident que le piquetage envisagé en l'espèce avait pour objet d'inciter à la rupture du contrat entre l'intimée et Supercourier et, par ce moyen, d'exercer sur elle une pression économique qui la forcerait à cesser de faire affaires avec Supercourier. Il est évident aussi qu'en cas de réussite le piquetage aurait causé à l'intimée un préjudice grave. Cela n'a toutefois rien de remarquable puisque tout piquetage vise à exercer une pression économique sur la personne qui en fait l'objet et à provoquer des pertes financières tant que le but du piquetage n'est pas atteint. Le piquetage, je le répète, comporte toujours un élément d'expression. Le syndicat informe le grand public qu'il est impliqué dans un conflit de travail, qu'il cherche à imposer sa volonté à l'entreprise qui fait l'objet du piquetage et qu'il demande aux membres du public de l'aider en respectant la ligne de piquetage. Cette forme d'expression sera évidemment toujours accompagnée d'actes de la part des piqueteurs, mais ce ne sont pas tous leurs actes qui auront pour effet de changer la nature de l'ensemble de l'opération et de la soustraire à la protection accordée à la liberté d'expression par la *Charte*. Bien sûr, cette liberté ne jouerait pas dans le cas de menaces ou d'actes de violence. Aucune protection n'est accordée lorsqu'il y a destruction de biens, voies de fait ou autres types de conduite manifestement illégale. Nous n'avons toutefois pas à nous préoccuper de cela puisque, en l'espèce, le piquetage aurait été paisible. Je suis donc d'avis que le piquetage qu'on a voulu empêcher aurait comporté l'exercice du droit à la liberté d'expression.

Section 1 of the *Charter*

It is not necessary, in view of the disposition of this appeal that I propose, to deal with the application of s. 1 of the *Charter*. It was, however, referred to in the Court of Appeal and I will deal with it here. It will be recalled that the Chambers judge in granting the injunction did so on the basis that the picketing involved the commission of two common law torts, that of civil conspiracy to injure and that of inducing a breach of contract. Hutcheon J.A. in the Court of Appeal said [at pp. 486-87]:

L'article premier de la *Charte*

Vu l'issue du pourvoi que je propose, il n'est pas nécessaire d'examiner l'application de l'article premier de la *Charte*. Toutefois, comme on s'y est penché en Cour d'appel, je vais en traiter ci-dessous. Il faut se rappeler que le juge en chambre a accordé l'injonction parce que le piquetage comportait la perpétration de deux délits de *common law*, celui de complot civil en vue de nuire et celui d'incitation à la rupture d'un contrat. En Cour d'appel, le juge Hutcheon a dit [aux pp. 486 et 487]:

I think that the two torts must be treated differently. The tort of conspiracy to injure has not received acceptance in this province; s. 5 of the Trade-unions Act, 1959 (B.C.), c. 90, repealed the doctrine of civil conspiracy where the trade-union acted in contemplation or furtherance of a labour dispute. It remains in that state today under the Labour Code (s. 89). Section 89 reads:

"89. An act done by 2 or more persons acting by agreement or combination, if done in contemplation or furtherance of a labour dispute, is not actionable unless it would be wrongful without an agreement or combination."

Without attempting to trace the position of the tort of conspiracy in the other provinces, I am satisfied that it warrants this description by Professor Arthurs, "Tort Liability for Strikes in Canada" (1960), 38 Can. Bar Rev. 346, at p. 362.

"The modern tort of conspiracy stands condemned, almost universally, as the vehicle of judicial anti-unionism. Authors throughout the common-law world have denounced it as a "weapon . . . wielded with transparent partisanship to counter the aspirations of the trade union movement."

It should be noted that in British Columbia the common law tort of conspiracy to injure, as employed in labour disputes, has been abolished by statute and it would not be available as a support for an injunction. I am aware that the labour relations of the appellants are governed by the *Canada Labour Code*. However, since the *Canada Labour Code* is silent on the question of picketing, the common law applies, in this case the common law of British Columbia from which the tort of conspiracy has been expunged in labour disputes. In my view then the tort of civil conspiracy to injure may not be relied upon to support the injunction, which therefore must find its sole support from the tort of inducing a breach of contract.

The question then is: Can an injunction based on the common law tort of inducing a breach of contract, which has the effect of limiting the *Charter* right to freedom of expression, be sustained as a reasonable limit imposed by law in the peculiar facts of this case. The question of the

[TRADUCTION] J'estime que ces deux délits doivent être traités différemment. Le délit civil de complot en vue de nuire n'est pas reconnu dans cette province; l'art. 5 de la *Trade Union Act*, 1959, a rendu inapplicable la doctrine du complot civil dans le cas où un syndicat agissait en vue ou dans le cadre d'un conflit de travail. Tel est encore le cas aujourd'hui sous le régime du *Labour Code* (art. 89). L'article 89 est ainsi conçu:

«89. Un acte, qui n'est pas par ailleurs illégal, accompli par au moins deux personnes agissant de concert ou par suite d'une entente, ne donne pas lieu à des poursuites s'il est accompli en vue ou dans le cadre d'un conflit de travail.»

Sans tenter de décrire ce que peut être la situation dans les autres provinces relativement au délit civil de complot, je suis convaincu que la description qu'en donne le professeur Arthurs, dans «Tort Liability for Strikes in Canada» (1960), 38 R. du B. can. 346, à la p. 362, est justifiée.

«Le délit civil moderne de complot est presque universellement condamné comme un instrument d'antisyndicalisme judiciaire. Partout dans les pays de *common law*, les auteurs de doctrine l'ont dénoncé comme étant une «arme ... brandie avec un esprit franchement partisan pour contrecarrer les aspirations du mouvement syndical.»

Soulignons qu'en Colombie-Britannique le délit civil de complot en vue de nuire prévu par la *common law* semblerait avoir été aboli par voie législative et, du moins en ce qui concerne les conflits de travail, il ne saurait fonder une injonction. Je suis conscient que les relations de travail des appelants sont régies par le *Code canadien du travail* dans la mesure où il s'applique. Toutefois, vu le silence du *Code canadien du travail* sur la question du piquetage, c'est la *common law* qui s'applique—en l'occurrence celle de la Colombie-Britannique—où ce délit a été supprimé en matière de conflits de travail. J'estime donc que le délit de complot civil en vue de nuire ne peut être invoqué pour justifier une injonction qui ne peut en conséquence avoir d'autre fondement que le délit d'incitation à la rupture d'un contrat.

La question qui se pose est donc la suivante: compte tenu des faits particuliers de la présente affaire, l'injonction fondée sur le délit de *common law* d'incitation à la rupture d'un contrat, qui a pour effet de limiter le droit à la liberté d'expression garanti par la *Charte*, peut-elle être confirmée

application of s. 1 of the *Charter* has been the subject of comment in this Court in earlier cases, for example, *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; and, more recently, *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. Ordinarily, some evidence will be necessary to enable the Court to decide whether s. 1 should be applied to preserve a limitation on a right, and the burden of proof will lie upon the party supporting the limitation. Dickson C.J. in the *Oakes* case, however, at p. 138, remarked concerning the need for evidence:

> I should add, however, that there may be cases where certain elements of the s. 1 analysis are obvious or self-evident.

This, in my view, is such a case in so far as the need for evidence is concerned. The evidence before the Chambers judge, together with the assumptions and findings referred to above, provide a sufficient basis for the consideration of this question.

From the evidence, it may well be said that the concern of the respondent is pressing and substantial. It will suffer economically in the absence of an injunction to restrain picketing. On the other hand, the injunction has imposed a limitation upon a *Charter* freedom. A balance between the two competing concerns must be found. It may be argued that the concern of the respondent regarding economic loss would not be sufficient to constitute a reasonable limitation on the right of freedom of expression, but there is another basis upon which the respondent's position may be supported. This case involves secondary picketing—picketing of a third party not concerned in the dispute which underlies the picketing. The basis of our system of collective bargaining is the proposition that the parties themselves should, wherever possible, work out their own agreement. Professor Weiler in *Reconcilable Differences* (Toronto 1980), at pp. 64-65, states:

> The basic assumption of our industrial relations system is the notion of freedom of contract between the

à titre de limite raisonnable imposée par une règle de droit? L'applicabilité de l'article premier de la *Charte* a déjà été commentée par cette Cour, notamment dans les arrêts *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et plus récemment, *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Ordinairement, la Cour a besoin d'éléments de preuve pour pouvoir décider s'il y a lieu d'appliquer l'article premier pour confirmer une limite apportée à un droit et c'est à la partie qui plaide en faveur de cette limite qu'incombe la charge de la preuve. Toutefois, à la p. 138 de l'arrêt *Oakes*, le juge en chef Dickson fait observer ceci au sujet de la nécessité d'une preuve:

> Je dois cependant ajouter qu'il peut arriver que certains éléments constitutifs d'une analyse en vertu de l'article premier soient manifestes ou évidents en soi.

Tel est, à mon avis, le cas en l'espèce en ce qui concerne la nécessité d'une preuve. La preuve soumise au juge en chambre ainsi que les présomptions et les conclusions susmentionnées fournissent un fondement suffisant pour l'examen de cette question.

D'après la preuve, on peut fort bien affirmer que la préoccupation de l'intimée est urgente et réelle. En l'absence d'une injonction empêchant le piquetage, elle subira un préjudice économique. Par ailleurs, l'injonction impose une limite à une liberté garantie par la *Charte*. Il nous faut donc établir un juste équilibre entre ces deux intérêts opposés. On peut soutenir que la préoccupation de l'intimée concernant une perte économique ne suffit pas pour rendre raisonnable une limite au droit à la liberté d'expression, mais il y a un autre fondement sur lequel peut s'appuyer la position de l'intimée. Il est question en l'espèce de piquetage secondaire, c.-à-d. de piquetage dirigé contre un tiers qui n'est nullement impliqué dans le conflit à l'origine du piquetage. Or, notre régime de négociation collective repose sur le principe selon lequel les parties doivent, dans la mesure du possible, en venir elles-mêmes à une entente. Le professeur Weiler dans *Reconcilable Differences* (Toronto 1980), aux pp. 64 et 65, affirme ceci:

> [TRADUCTION] L'idée fondamentale qui sous-tend notre système de relations industrielles est la notion de

union and the employer. There are powerful arguments in favour of that policy of freedom of contract. We are dealing with the terms and conditions under which labour will be purchased by employers and will be provided by employees. The immediate parties know best what are the economic circumstances of their relationship, what are their non-economic priorities and concerns, what trade-offs are likely to be most satisfactory to their respective constituencies. General legal standards formulated by government bureaucrats are likely to fit like a procrustean bed across the variety and nuances of individual employment situations.

. . .

The freedom to agree logically entails the right to disagree, to fail to reach an acceptable compromise. Most of the time good faith negotiation does produce a settlement at the bargaining table, often without a great deal of trouble. But often enough it does not; and of course it is the failures which generate the visible tumult and shouting. And at that point the collective bargaining system diverges sharply from other components in the market economy.

When the parties do exercise the right to disagree, picketing and other forms of industrial conflict are likely to follow. The social cost is great, man-hours and wages are lost, production and services will be disrupted, and general tensions within the community may be heightened. Such industrial conflict may be tolerated by society but only as an inevitable corollary to the collective bargaining process. It is therefore necessary in the general social interest that picketing be regulated and sometimes limited. It is reasonable to restrain picketing so that the conflict will not escalate beyond the actual parties. While picketing is, no doubt, a legislative weapon to be employed in a labour dispute by the employees against their employer, it should not be permitted to harm others. Weiler, *supra*, at p. 80, again comments:

... strike action is legal only in order to resolve a dispute with an employer about the negotiation of a new collective agreement. Logically a picket line should be legitimate only on such an occasion. As well the only

la liberté contractuelle du syndicat et de l'employeur. Des arguments puissants militent en faveur de ce principe de la liberté contractuelle. En effet, il est question de modalités selon lesquelles le travail sera acheté par les employeurs et fourni par les employés. Ce sont les parties immédiates qui sont les mieux placées pour connaître les circonstances économiques de leurs rapports et pour savoir quelles sont leurs priorités et préoccupations non économiques et quels compromis conviendront vraisemblablement le mieux aux personnes qu'elles représentent. Des normes juridiques générales établies par des bureaucrates gouvernementaux risqueraient de tenir compte assez mal de la variété des cas qui peuvent se présenter et de leurs nuances.

. . .

Logiquement, la liberté de se mettre d'accord suppose le droit d'être en désaccord, de ne pas en arriver à un compromis acceptable. La plupart du temps, des négociations menées de bonne foi aboutissent à un règlement à la table de négociation, et ce, souvent sans trop de difficulté. Toutefois, il arrive assez fréquemment qu'il n'en soit pas ainsi; et, évidemment, ce sont les échecs qui donnent naissance aux disputes ouvertes. C'est à ce moment-là que le régime de négociation collective s'écarte radicalement des autres composantes de l'économie de marché.

Lorsque les parties exercent leur droit d'être en désaccord, le piquetage et d'autres formes de conflit de travail sont susceptibles de s'ensuivre. Sur le plan social, le coût d'un conflit est très élevé; il y a perte d'heures-personnes et de salaires; la production et les services sont perturbés et les tensions générales au sein de la collectivité risquent d'être aggravées. Si la société tolère de tels conflits de travail, ce n'est qu'à titre de corollaire inévitable du processus de négociation collective. Il est en conséquence nécessaire dans l'intérêt général de la société que le piquetage soit réglementé et, parfois, limité. Il est raisonnable d'empêcher le piquetage de manière à limiter le conflit aux parties elles-mêmes. Bien que le piquetage constitue sans aucun doute une arme dont les employés peuvent légitimement se servir contre leur employeur dans un conflit de travail, il ne doit pas être permis d'y recourir pour nuire à d'autres personnes. Weiler, précité, à la p. 80, fait de nouveau observer:

[TRADUCTION] ... le recours à la grève n'est légal que pour régler un différend avec un employeur relativement à la négociation d'une nouvelle convention collective. Logiquement, ce devrait être le seul cas où une ligne de

permissible target of the picket line should be the *primary* employer—that employer with whom the union is negotiating and whom it is trying to compel to make favourable concessions in order to settle the agreement. Putting it the other way, unions should not be permitted to picket the business of a third party. Such a *secondary* employer is not involved in the primary dispute, it does not have it within its power to make the concessions that will settle the new contract, and thus it should not be the target of a weapon whose legitimate purpose is to extract such economic concessions.

piquetage serait légitime. De plus, il ne devrait être permis de diriger le piquetage que contre l'employeur *principal*—l'employeur avec lequel le syndicat est en train de négocier et qu'il veut amener à faire des concessions en sa faveur afin qu'on puisse en arriver à une entente. Autrement dit, il ne devrait pas être permis aux syndicats de faire du piquetage contre l'entreprise d'un tiers. Un tel employeur *secondaire* n'est pas impliqué dans le conflit principal; il n'est pas en mesure de faire les concessions qui aboutiront à une nouvelle convention; par conséquent, il ne devrait pas être la cible d'une arme dont le but légitime est de forcer des concessions économiques.

It should be noted here that in the Province of British Columbia, secondary picketing of the nature involved in this case, save for the picketing of allies of the employer, has been made unlawful by the combined effect of ss. 85(3) and 88 of the British Columbia *Labour Code*, R.S.B.C. 1979, c. 212, as amended. This statute, of course, does not apply in this case, but it is indicative of the legislative policy, in respect of the regulation of picketing in that Province. It shows that the application of s. 1 of the *Charter* to sustain the limitation imposed by the common law would be consistent with legislative policy in British Columbia. I would say that the requirement of proportionality is also met, particularly when it is recalled that this is an interim injunction effective only until trial when the issues may be more fully canvassed on fuller evidence. It is my opinion then that a limitation on secondary picketing against a third party, that is, a non-ally, would be a reasonable limit in the facts of this case. I would therefore conclude that the injunction is "a reasonable limit prescribed by law which can be demonstrably justified in a free and democratic society".

Il faut souligner ici qu'en Colombie-Britannique, sauf s'il s'agit du piquetage des alliés de l'employeur, le piquetage secondaire, tel celui en l'espèce, est illégal de par l'effet combiné du par. 85(3) et de l'art. 88 du *Labour Code* de la Colombie-Britannique, R.S.B.C. 1979, chap. 212, et modifications. Cette loi ne s'applique évidemment pas en l'espèce, mais elle est indicative de la politique législative en ce qui concerne la réglementation du piquetage dans cette province. Cela indique que le recours à l'article premier de la *Charte* pour maintenir la limite imposée en *common law* serait compatible avec la politique législative de la Colombie-Britannique. Je souligne que l'exigence de proportionnalité a aussi été remplie, particulièrement lorsqu'on se rappelle qu'il s'agit en l'espèce d'une injonction provisoire qui ne demeurera en vigueur que jusqu'au procès au cours duquel les questions litigieuses pourront être étudiées d'une manière plus approfondie en fonction d'une preuve plus complète. Je suis donc d'avis que, compte tenu des faits de la présente affaire, la limite imposée au piquetage secondaire dirigé contre un tiers, c.-à-d. contre un non-allié, est raisonnable. En conséquence, je conclus que l'injonction est «une limite raisonnable qui est prescrite par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique».

Does the *Charter* apply to the Common Law?

In my view, there can be no doubt that it does apply. Section 52(1) of the *Constitution Act, 1982* provides:

La *Charte* s'applique-t-elle à la *common law*?

À mon avis, il n'y a pas de doute qu'elle s'y applique. Le paragraphe 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982* prévoit:

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.

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

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.

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

The English text provides that "any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect". If this language is not broad enough to include the common law, it should be observed as well that the French text adds strong support to this conclusion in its employment of the words "*elle rend inopérantes les dispositions incompatibles de tout autre règle de droit*". (Emphasis added.) To adopt a construction of s. 52(1) which would exclude from *Charter* application the whole body of the common law which in great part governs the rights and obligations of the individuals in society, would be wholly unrealistic and contrary to the clear language employed in s. 52(1) of the Act.

Le texte anglais de la disposition se lit ainsi: «*any law that is inconsistent with the provisions of the Constitution is, to the extent of the inconsistency, of no force or effect*». À supposer que ces termes ne soient pas assez généraux pour inclure la *common law*, on devrait faire observer également que le texte français vient appuyer davantage cette conclusion en ce qu'il utilise les mots «elle rend inopérantes les dispositions de toute autre règle de droit». (C'est moi qui souligne.) Adopter une interprétation du par. 52(1) qui soustrairait à l'application de la *Charte* l'ensemble de la *common law* qui régit dans une large mesure les droits et les obligations des individus dans la société, serait totalement irréaliste et contraire aux termes clairs utilisés dans ce paragraphe.

Does the *Charter* apply to private litigation?

La *Charte* s'applique-t-elle aux litiges privés?

This question involves consideration of whether or not an individual may found a cause of action or defence against another individual on the basis of a breach of a *Charter* right. In other words, does the *Charter* apply to private litigation divorced completely from any connection with Government? This is a subject of controversy in legal circles and the question has not been dealt with in this Court. One view of the matter rests on the proposition that the *Charter*, like most written constitutions, was set up to regulate the relationship between the individual and the Government. It was intended to restrain government action and to protect the individual. It was not intended in the absence of some governmental action to be applied in private litigation.

Cette question exige qu'on examine si, entre particuliers, une cause d'action peut être fondée sur la violation d'un droit garanti par la *Charte* ou si une telle violation peut être invoquée comme moyen de défense. En d'autres termes, la *Charte* s'applique-t-elle à des litiges privés qui n'ont absolument rien à voir avec le gouvernement? Voilà un point controversé en milieu juridique sur lequel cette Cour n'a pas encore eu à se prononcer. Selon un point de vue, la *Charte*, comme la plupart des constitutions écrites, a été créée pour régir les rapports entre les particuliers et le gouvernement. Elle vise à imposer des restrictions à l'action du gouvernement et à protéger les particuliers. Elle n'est pas destinée, en l'absence d'une action gouvernementale quelconque, à être appliquée aux litiges privés.

Support for this view is found in Peter W. Hogg, *supra*, at pp. 670-78, and in an article by Katherine Swinton, "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms", in Tarnopolsky and

Cette opinion est appuyée par Peter W. Hogg, précité, aux pp. 670 à 678, et par un article de Katherine Swinton, intitulé «Application de la Charte canadienne des droits et libertés», dans

Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms—Commentary.*

At pages 674-75 in his text, Professor Hogg says:

The rights guaranteed by the Charter take effect only as restrictions on the power of government over the persons entitled to the rights. The Charter regulates the relations between government and private persons, but it does not regulate the relations between private persons and private persons. Private action is therefore excluded from the application of the Charter. Such actions as an employer restricting an employee's freedom of speech or assembly, a parent restricting the mobility of a child, or a landlord discriminating on the basis of race in his selection of tenants, cannot be breaches of the Charter, because in no case is there any action by the Parliament or government of Canada or by the Legislature or government of a province. In cases where private action results in a restriction of a civil liberty, there may be a remedy for the aggrieved person under a human rights code, under labour law, family law, tort law, contract law or property law, or under some other branch of the law governing relations between private persons; but there will be no breach of the Charter.

In her discussion of this question, Professor Swinton has pointed out that certain sections of the *Charter* might support the proposition that it could apply in private litigation, but she makes it clear on an overall view of the *Charter* that its application to private litigation is, in her view, excluded. She has pointed out that the *Charter* is not designed to be employed in private litigation and by its very nature it is not suited for that purpose. At pages 47-48, she says:

Moreover, in considering whether the Charter should be directly applicable, the courts should bear in mind its drawbacks as a method of dealing with private action and the advantages of leaving the regulation of such conduct to human rights legislation or other legal controls. Legislation can be tailored to deal with the tension between privacy rights and equality or that between freedom of expression and prohibition of hate literature. It can expressly limit the applicability of equality guarantees to services or to areas open to the public, or specify the right to set *bona fide* job qualifications. The Charter is not so refined, and provides no guidelines for

Beaudoin et Tarnopolsky, éd., *Charte canadienne des droits et libertés.*

Aux pages 674 et 675 de l'ouvrage du professeur Hogg, on peut lire ce qui suit:

[TRADUCTION] Les droits garantis par la Charte ne jouent qu'à titre de restrictions au pouvoir du gouvernement sur les titulaires de ces droits. La Charte régit les rapports entre le gouvernement et les particuliers, mais non pas ceux entre particuliers. Les actions privées échappent donc à son application. Si, par exemple, un employeur impose des restrictions à la liberté de parole ou de réunion d'un employé, si un parent limite la liberté de circulation et d'établissement de son enfant, ou si un propriétaire en choisissant ses locataires fait des distinctions fondées sur la race, ces actes ne peuvent constituer des infractions à la Charte puisque, dans ces cas, il n'y a aucune intervention du Parlement ou du gouvernement du Canada ou de la législature ou du gouvernement d'une province. Lorsque l'acte d'un particulier entraîne une restriction à une liberté civile, il est possible que la personne lésée puisse exercer un recours en vertu d'un code des droits de la personne, en vertu du droit du travail, du droit de la famille, du droit en matière de responsabilité délictuelle, du droit des contrats ou des biens, ou en vertu de quelque autre domaine du droit régissant les relations entre particuliers; mais il n'y a pas dans ce cas-là de violation de la Charte.

Dans son analyse de cette question, le professeur Swinton souligne que certains articles de la *Charte* pourraient appuyer la thèse de son applicabilité aux litiges privés, mais elle prend bien soin de préciser qu'une vue d'ensemble de la *Charte* exclut, à son avis, son application aux actions privées. En effet, elle fait remarquer que la *Charte* n'est pas destinée à être utilisée dans des litiges privés et que, de par sa nature même, elle ne se prête pas à une telle utilisation. Aux pages 58 et 59, elle affirme ceci:

En outre, en jugeant si la *Charte* devrait s'appliquer directement aux particuliers, les tribunaux devraient tenir compte de ses désavantages en tant que façon de traiter des actes des particuliers et des avantages qu'il y a à laisser la réglementation de cette conduite aux lois sur les droits de la personne ou aux autres contrôles légaux. Les lois peuvent être adaptées de façon à tenir compte de la tension entre le droit à l'intimité et celui à l'égalité ou entre la liberté d'expression et l'interdiction de la propagande haineuse. Elles peuvent expressément limiter l'application des garanties d'égalité aux services ou aux secteurs ouverts au public, ou préciser le droit

its application. These would have to be judicially determined.

As well, statutes such as particular human rights and equal pay laws contain an administrative structure designed to promote mediated settlements of disputes, rather than resort to litigation. There is an elaborate structure of conciliation preceding adjudications by an administrative tribunal, which can have an educative effect between the parties. The Charter will be interpreted for the most part in the courts, where there is no built-in mechanism to encourage settlement.

and later, she said, at p. 48:

One should also keep in mind the concerns of the federal and provincial governments in drafting and agreeing to the Charter. Their focus was its effect on their own governmental operations. That is the reason for s. 1, requiring the courts to interpret the guarantees so as to allow reasonable limitations imposed by law. The override section (s. 33), allowing the legislatures to enact laws infringing the Charter, also indicates that governments were concerned about bounds on legislative action. The governments did not address the application of the Charter to private action, and indeed it would have been strange for them to do so, for their existing human rights codes address that matter.

More recently, Dubin J.A., speaking for the majority of the Court of Appeal for Ontario (Dubin, Morden JJ.A., Finlayson J.A. dissenting) in *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728, 54 O.R. (2d) 513, in a case involving a claim for discrimination on account of sex, said: "In my opinion s. 15 of the Charter does not reach private activity within a province". He then expressed agreement with the words of Professor Tarnopolsky (as he then was) in Tarnopolsky and Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms—Commentary (supra)*, at pp. 422-23, where he said:

In our own case under the Charter, it is suggested that s. 15 is not likely to be applied in the courts except in cases where a discriminatory act is committed by legislative action, and the jurisdiction concerned does

d'exiger certaines compétences pour un travail. La *Charte* n'est pas aussi détaillée et ne fournit aucune directive quant à son application. Celles-ci devront être établies par les tribunaux.

Aussi, des lois comme certaines lois sur les droits de la personne et sur l'égalité de rémunération prévoient une structure administrative destinée à favoriser le règlement des conflits sans recourir aux tribunaux. Avant que la décision soit rendue par un tribunal administratif, il y a toute une structure de conciliation qui peut avoir un effet éducatif sur les parties. Par contre, dans la plupart des cas, la *Charte* sera interprétée par les cours de justice, où il n'existe aucun mécanisme visant à encourager les règlements à l'amiable.

Plus loin, aux pp. 59 et 60, elle ajoute:

Il faudrait également tenir compte des préoccupations des gouvernements fédéral et provinciaux lorsqu'ils ont rédigé et accepté la *Charte*. Ils se préoccupaient surtout de ses effets sur leur propre fonctionnement. C'est là la raison d'être de l'article 1 qui exige que les tribunaux interprètent les garanties de façon à permettre des limites raisonnables imposées par la loi. L'article de dérogation (art. 33), qui permet aux législatures d'adopter des lois dérogeant à la *Charte*, montre aussi que les gouvernements se préoccupaient des limites imposées aux mesures législatives. Les gouvernements ne se sont pas préoccupés de l'application de la *Charte* aux actes des particuliers, et il aurait d'ailleurs été curieux qu'ils le fassent, car leurs codes des droits de la personne en traitent.

Plus récemment, voici ce qu'a affirmé le juge Dubin de la Cour d'appel de l'Ontario, s'exprimant au nom des juges formant la majorité (les juges Dubin et Morden et le juge Finlayson, dissident) dans l'arrêt *Re Blainey and Ontario Hockey Association* (1986), 26 D.L.R. (4th) 728, 54 O.R. (2d) 513, où il était question d'une plainte de discrimination fondée sur le sexe: [TRADUCTION] «À mon avis, l'art. 15 de la *Charte* ne s'applique pas aux activités de particuliers dans la province». Il s'est ensuite dit d'accord avec les propos du professeur Tarnopolsky (maintenant juge de la Cour d'appel de l'Ontario), dans Beaudoin et Tarnopolsky, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*, précité, à la p. 533 où ce dernier affirme:

En ce qui regarde la *Charte* canadienne, nous croyons que, l'article 15 ne sera probablement pas appliqué par les tribunaux sauf dans des circonstances où un geste discriminatoire est posé *au moyen* d'une loi et qu'il

not have an overriding clause in its Human Rights Act, as do Alberta, Quebec and Saskatchewan. This would be so for the following reasons:

1. By s. 32(1), the *Charter* is specifically made applicable only *to* the Parliament and government of Canada and *to* the legislature and government of each province "*in respect of* all matters within the authority" of the respective legislative body. Thus, although legislative and executive actions are covered by the Charter, it is not made applicable to private action.
2. Section 15 refers to equality before and under the *law*, as well as equal protection and benefit of the *law*. Thus, although an anti-discrimination (human rights) law would *itself* have to conform to s. 15, it, and not s. 15, would be directly applicable to discriminatory actions by private persons.
3. Every jurisdiction in Canada has an anti-discrimination statute which is explicitly made applicable to the Crown. It is unlikely, therefore, that a complainant would resort to a constitutional action in the courts, rather than the complaint process under the anti-discrimination laws.

Dubin J.A. then noted that McNair J., of the Federal Court, Trial Division, in *Cat Productions Ltd. v. Macedo*, [1985] 1 F.C. 269, had approved the words of Professor Swinton, at pp. 44-45 in the *Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*, *supra*:

The automatic response to a suggestion that the Charter can apply to private activity, without connection to government, will be that a Charter of Rights is designed to bind governments, not private actors. That is the nature of a constitutional document: to establish the scope of governmental authority and to set out the terms of the relationship between the citizen and the state and those between the organs of government. The purpose of a Charter of Rights is to regulate the relationship of an individual with the government by invalidating laws and governmental activity which infringe the rights guaranteed by the document, while relationships between individuals are left to the regulation of human rights codes, other statutes, and common law remedies, such as libel and slander laws. Furthermore, s. 32(1) specifically states that the Charter applies to "the Parliament and government of Canada *in respect* of all matters within

n'existe pas de «clause nonobstant» dans la Loi sur les droits de l'homme du gouvernement en question, comme c'est le cas de l'Alberta, du Québec et de la Saskatchewan. Ceci se produirait pour les raisons suivantes:

1. En vertu du paragraphe 1 de l'article 32, la *Charte* s'applique exclusivement *au* Parlement et *au* gouvernement du Canada et *à* la législature et *au* gouvernement de chaque province «pour tous les domaines relevant» de chaque organisme législatif. Par conséquent, même si la Charte s'applique à des actes législatifs ou exécutifs, sa portée ne s'étend pas à l'activité des particuliers.
2. L'article 15 porte sur l'égalité devant la *loi*, de même que sur l'égalité de bénéfice et la protection égale de la *loi*. Même si une loi antidiscriminatoire (sur les droits de la personne) doit respecter les dispositions de l'article 15, c'est cette loi et non l'article 15 qui s'appliquerait directement à des actes discriminatoires posés par des individus.
3. Il existe au sein de chaque ordre de gouvernement au Canada une loi antidiscriminatoire qui s'applique de façon explicite à la Couronne. Il est par conséquent peu probable qu'un plaignant intente des poursuites devant les tribunaux en vertu de la Constitution plutôt qu'en vertu des lois antidiscriminatoires.

Le juge Dubin souligne ensuite que, dans la décision *Cat Productions Ltd. c. Macedo*, [1985] 1 C.F. 269, le juge McNair de la Cour fédérale, Division de première instance, a approuvé les propos tenus par le professeur Swinton à la p. 55 de l'ouvrage intitulé *Charte canadienne des droits et libertés*, précité:

À la suggestion que la *Charte* peut s'appliquer aux activités de particuliers, sans lien avec le gouvernement, on peut répondre automatiquement qu'une charte des droits lie les gouvernements et non les particuliers. Telle est la nature d'un document constitutionnel: établir la portée des pouvoirs gouvernementaux et exposer les conditions des relations entre les citoyens de l'État et entre les divers organes du gouvernement. Le but d'une charte des droits est de régir les rapports entre un particulier et le gouvernement en rendant invalides les lois et les mesures gouvernementales qui empiètent sur les droits garantis par le document, les rapports entre les particuliers étant laissés aux codes des droits de la personne, aux autres lois et aux recours de la «common law», par exemple les lois sur la diffamation. En outre, le paragraphe 32(1) déclare expressément que la *Charte* s'applique au «Parlement et au gouvernement du

the authority of Parliament" (emphasis added). It is governmental action which is caught, not private action.

He concluded on this point: "I agree with McNair J., and, with respect, I do not agree with the contrary opinion to be found in *R. v. Lerke* (1984), 11 D.L.R. (4th) 185, 13 C.C.C. (3d) 515, 55 A.R. 216 (Alta. Q.B.)"

Further support for the view that the *Charter* does not apply in litigation between private parties is to be found in a helpful article in (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361, by Anne McLellan and Bruce P. Elman, entitled, "To Whom Does the Charter Apply? Some recent cases on s. 32", which reviews the case law as it has developed, and says at p. 367:

In conclusion it is suggested that the better view is that the Charter applies only to government action. To hold otherwise would be to increase the scope of the Charter immeasurably. In cases involving arrests, detentions, searches and the like, to apply the Charter to purely private action would be tantamount to setting up an alternative tort system. In the area of private discrimination, an entirely new system of civil liability in competition with the dispute resolution mechanisms fostered by human rights legislation would result.

Views to the contrary have been expressed in articles by Dale Gibson: "The Charter of Rights and the Private Sector" (1982), 12 *Man. L.J.* 213; "Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of 'Government' under Section 32(1) of the Charter" (1983), 13 *Man. L.J.* 505, as well as Morris Manning, *Rights, Freedoms and the Courts* (Toronto 1983).

I am in agreement with the view that the *Charter* does not apply to private litigation. It is evident from the authorities and articles cited above that that approach has been adopted by most judges and commentators who have dealt with this question. In my view, s. 32 of the *Charter*, specifically dealing with the question of *Charter* application, is conclusive on this issue. Section 32 is reproduced hereunder:

Canada, *pour* tous les domaines relevant du Parlement» (les italiques sont de nous). Ce sont les actes du gouvernement qui sont visés, non ceux des particuliers.

Il a conclu sur ce point: [TRADUCTION] «Je suis d'accord avec le juge McNair et, avec égards, je ne partage pas l'opinion contraire exprimée dans *R. v. Lerke* (1984), 11 D.L.R. (4th) 185, 13 C.C.C. (3d) 515, 55 A.R. 216 (B.R. Alb.)»

Le point de vue selon lequel la *Charte* ne s'applique pas aux litiges opposant des particuliers est également appuyé par un article utile de Anne McLellan et Bruce P. Elman, intitulé «To Whom Does the Charter Apply? Some recent cases on s. 32», que l'on trouve à (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361, et qui passe en revue la jurisprudence telle qu'elle s'est développée. On peut lire à la p. 367:

[TRADUCTION] Finalement, on laisse entendre que le meilleur point de vue est celui que la Charte ne s'applique qu'aux actions gouvernementales. Conclure autrement reviendrait à augmenter démesurément la portée de la Charte. Dans les affaires où il est question d'arrestations, de détentions, de fouilles, de perquisitions et ainsi de suite, appliquer la Charte aux actions purement privées reviendrait à instituer un régime subsidiaire de responsabilité civile. Dans le domaine de la discrimination entre particuliers, il résulterait un tout nouveau régime de responsabilité civile qui ferait concurrence aux mécanismes de règlement des litiges favorisés par les lois en matière de droits de la personne.

Pour des points de vue contraires, voir les articles de Dale Gibson: «The Charter of Rights and the Private Sector» (1982), 12 *Man. L.J.* 213; «Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of 'Government' under Section 32(1) of the Charter» (1983), 13 *Man. L.J.* 505, ainsi que Morris Manning, *Rights, Freedoms and the Courts* (Toronto 1983).

Je suis d'accord avec le point de vue que la *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés. Il ressort nettement de la jurisprudence et des articles précités que c'est le point de vue qu'ont adopté la plupart des juges et des glossateurs qui ont abordé cette question. À mon sens, l'art. 32 de la *Charte*, qui traite expressément de l'application de la *Charte*, est déterminant sur ce point. Voici le texte de l'art. 32:

32. (1) This Charter applies

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

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

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

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

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

32. (1) This Charter applies

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

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

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

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

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

Section 32(1) refers to the Parliament and Government of Canada and to the legislatures and governments of the Provinces in respect of all matters within their respective authorities. In this, it may be seen that Parliament and the Legislatures are treated as separate or specific branches of government, distinct from the executive branch of government, and therefore where the word 'government' is used in s. 32 it refers not to government in its generic sense—meaning the whole of the governmental apparatus of the state—but to a branch of government. The word 'government', following as it does the words 'Parliament' and 'Legislature', must then, it would seem, refer to the executive or administrative branch of government. This is the sense in which one generally speaks of the Government of Canada or of a province. I am of the opinion that the word 'government' is used in s. 32 of the *Charter* in the sense of the executive government of Canada and the Provinces. This is the sense in which the words 'Government of Canada' are ordinarily employed in other sections of the *Constitution Act, 1867*. Sections 12, 16, and 132 all refer to the Parliament and the Government of Canada as separate entities. The words 'Government of Canada', particularly where they follow a reference to the word 'Parliament', almost always refer to the executive government.

It is my view that s. 32 of the *Charter* specifies the actors to whom the *Charter* will apply. They are the legislative, executive and administrative branches of government. It will apply to those

Le paragraphe 32(1) mentionne le Parlement et le gouvernement du Canada ainsi que la législature et le gouvernement de chaque province en ce qui concerne tous les domaines qui relèvent de leurs compétences respectives. À cet égard, on peut constater que le Parlement et les législatures sont traités comme des branches de gouvernement séparées ou spécifiques, distinctes de l'exécutif, et que, par conséquent, le terme «gouvernement» utilisé à l'art. 32 désigne non pas le gouvernement au sens général—c'est-à-dire au sens de l'ensemble de l'appareil gouvernemental de l'État—mais plutôt une branche de gouvernement. Le terme «gouvernement», qui suit les termes «Parlement» et «législature», doit alors, semble-t-il, désigner la branche exécutive ou administrative du gouvernement. C'est en ce sens qu'on parle en général du gouvernement du Canada ou d'une province. Je suis d'avis que le mot «gouvernement» utilisé à l'art. 32 de la *Charte* désigne le pouvoir exécutif à l'échelon fédéral et à l'échelon provincial. C'est en ce sens que l'expression «gouvernement du Canada» est ordinairement utilisée dans d'autres articles de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Les articles 12, 16 et 132 désignent tous le Parlement et le gouvernement du Canada comme des entités distinctes. L'expression «gouvernement du Canada», en particulier lorsqu'elle suit le mot «Parlement», désigne presque toujours le pouvoir exécutif.

J'estime donc que l'art. 32 de la *Charte* mentionne de façon précise les acteurs auxquels s'applique la *Charte*. Il s'agit des branches législative, exécutive et administrative. Elle leur est applicable

branches of government whether or not their action is invoked in public or private litigation. It would seem that legislation is the only way in which a legislature may infringe a guaranteed right or freedom. Action by the executive or administrative branches of government will generally depend upon legislation, that is, statutory authority. Such action may also depend, however, on the common law, as in the case of the prerogative. To the extent that it relies on statutory authority which constitutes or results in an infringement of a guaranteed right or freedom, the *Charter* will apply and it will be unconstitutional. The action will also be unconstitutional to the extent that it relies for authority or justification on a rule of the common law which constitutes or creates an infringement of a *Charter* right or freedom. In this way the *Charter* will apply to the common law, whether in public or private litigation. It will apply to the common law, however, only in so far as the common law is the basis of some governmental action which, it is alleged, infringes a guaranteed right or freedom.

The element of governmental intervention necessary to make the *Charter* applicable in an otherwise private action is difficult to define. We have concluded that the *Charter* applies to the common law but not between private parties. The problem here is that this is an action between private parties in which the appellant resists the common law claim of the respondent on the basis of a *Charter* infringement. The argument is made that the common law, which is itself subject to the *Charter*, creates the tort of civil conspiracy and that of inducing a breach of contract. The respondent has sued and has procured the injunction which has enjoined the picketing on the basis of the commission of these torts. The appellants say the injunction infringes their *Charter* right of freedom of expression under s. 2(*b*). Professor Hogg meets this problem when he suggests, at p. 677 of his text, after concluding that the *Charter* does not apply to private litigation, that:

> Private action is, however, a residual category from which it is necessary to subtract those kinds of action to which s. 32 does make the Charter applicable.

peu importe que leurs actes soient en cause dans des litiges publics ou privés. Il semblerait que ce n'est que dans sa législation qu'une législature peut porter atteinte à une liberté ou un droit garantis. Les actes de la branche exécutive ou administrative du gouvernement se fondent généralement sur une loi, c'est-à-dire sur un texte législatif. Toutefois, ces actes peuvent aussi se fonder sur la *common law* comme dans le cas de la prérogative. Dans la mesure où ils se fondent sur un texte législatif qui constitue ou entraîne une atteinte à une liberté ou à un droit garantis, la *Charte* s'applique et ils sont inconstitutionnels. Ces actes sont également inconstitutionnels dans la mesure où ils sont autorisés ou justifiés par une règle de *common law* qui constitue ou engendre une atteinte à une liberté ou à un droit garantis par la *Charte*. C'est ainsi que la *Charte* s'applique à la *common law* tant dans les litiges publics que dans les litiges privés. Cependant, elle ne s'applique à la *common law* que dans la mesure où la *common law* constitue le fondement d'une action gouvernementale qui, allègue-t-on, porte atteinte à une liberté ou à un droit garantis.

Il est difficile de définir l'élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour rendre la *Charte* applicable dans un litige par ailleurs privé. Nous avons conclu que la *Charte* s'applique à la *common law*, mais non pas entre particuliers. Le problème en l'espèce est qu'il s'agit d'une action entre des particuliers, dans laquelle l'appelant oppose une violation de la *Charte* à la demande de l'intimée fondée sur la *common law*. On fait valoir que la *common law*, qui est elle-même assujettie à la *Charte*, crée le délit de complot civil et celui d'incitation à la rupture de contrat. L'intimée a demandé et obtenu une injonction empêchant le piquetage en invoquant la perpétration de ces délits civils. Les appelants de leur côté affirment que l'injonction porte atteinte au droit à la liberté d'expression que leur confère l'al. 2*b*) de la *Charte*. Le professeur Hogg fait face à ce problème lorsque, après avoir conclu que la *Charte* ne s'applique pas aux litiges privés, il fait remarquer, à la p. 677 de son ouvrage:

> [TRADUCTION] Les actions de particuliers constituent toutefois une espèce de catégorie résiduelle dont il faut exclure le genre d'actions auxquelles l'art. 32 rend la *Charte* applicable.

He added:

The Charter will apply to any rule of the common law that specifically authorizes or directs an abridgement of a guaranteed right.

and he concluded by saying, at p. 678:

The fact that a court order is governmental action means that the Charter will apply to a purely private arrangement, such as a contract or proprietary interest, but only to the extent that the Charter will preclude judicial enforcement of any arrangement in derogation of a guaranteed right.

Professor Hogg, at p. 678, rationalized his position in these words:

In a sense, the common law authorizes any private action that is not prohibited by a positive rule of law. If the Charter applied to the common law in that attenuated sense, it would apply to all private activity. But it seems more reasonable to say that the common law offends the Charter only when it crystallizes into a rule that can be enforced by the courts. Then, if an enforcement order would infringe a Charter right, the Charter will apply to preclude the order, and, by necessary implication, to modify the common law rule.

I find the position thus adopted troublesome and, in my view, it should not be accepted as an approach to this problem. While in political science terms it is probably acceptable to treat the courts as one of the three fundamental branches of Government, that is, legislative, executive, and judicial, I cannot equate for the purposes of *Charter* application the order of a court with an element of governmental action. This is not to say that the courts are not bound by the *Charter*. The courts are, of course, bound by the *Charter* as they are bound by all law. It is their duty to apply the law, but in doing so they act as neutral arbiters, not as contending parties involved in a dispute. To regard a court order as an element of governmental intervention necessary to invoke the *Charter* would, it seems to me, widen the scope of *Charter* application to virtually all private litigation. All cases must end, if carried to completion, with an enforcement order and if the *Charter* precludes the making of the order, where a *Charter* right would be infringed, it would seem that all private litiga-

Il ajoute:

[TRADUCTION] La *Charte* s'applique à n'importe quelle règle de *common law* qui permet ou ordonne expressément une atteinte à un droit garanti.

Pour terminer, il souligne, à la p. 678:

[TRADUCTION] Le fait que l'ordonnance d'une cour constitue une action gouvernementale signifie que la *Charte* s'appliquera à une affaire purement privée, telle qu'un contrat ou un droit de propriété, mais seulement pour empêcher les tribunaux de forcer l'exécution d'un arrangement qui porte atteinte à un droit garanti.

À la page 678, le professeur Hogg justifie ainsi sa position:

[TRADUCTION] Dans un sens, la *common law* autorise toute action privée qui n'est pas interdite par une règle de droit positif. Si la *Charte* s'appliquait à la *common law* dans ce sens atténué, elle s'appliquerait à l'ensemble des activités privées. Il semble toutefois plus raisonnable d'affirmer que la *common law* n'enfreint la *Charte* que si elle se cristallise en une règle susceptible d'application par les tribunaux. À ce moment-là, dans l'hypothèse où une ordonnance d'exécution porterait atteinte à un droit garanti par la *Charte*, cette dernière s'appliquerait de manière à empêcher l'ordonnance et, par déduction nécessaire, de manière à modifier la règle de *common law*.

J'estime que le point de vue ainsi adopté est dangereux et qu'il ne doit pas être accepté comme solution à ce problème. Même si, en science politique, il est probablement acceptable de considérer les tribunaux judiciaires comme l'un des trois organes fondamentaux de gouvernement, savoir les pouvoirs législatif, exécutif et judiciaire, je ne puis assimiler, aux fins de l'application de la *Charte*, l'ordonnance d'un tribunal à un élément d'action gouvernementale. Ce n'est pas pour dire que les tribunaux ne sont pas liés par la *Charte*. Les tribunaux sont évidemment liés par la *Charte* comme ils le sont par toute autre règle de droit. Il leur incombe d'appliquer les règles de droit, mais, ce faisant, ils sont des arbitres neutres et non des parties opposées dans un litige. Considérer l'ordonnance d'un tribunal comme un élément d'intervention gouvernementale nécessaire pour invoquer la *Charte* aurait pour effet, me semble-t-il, d'élargir la portée de l'application de la *Charte* à pratiquement toutes les litiges privés. Toute affaire doit se terminer, si elle est menée à terme, par une ordon-

tion would be subject to the *Charter*. In my view, this approach will not provide the answer to the question. A more direct and a more precisely-defined connection between the element of government action and the claim advanced must be present before the *Charter* applies.

An example of such a direct and close connection is to be found in *Re Blainey and Ontario Hockey Association, supra*. In that case, proceedings were brought against the hockey association in the Supreme Court of Ontario on behalf of a twelve year old girl who had been refused permission to play hockey as a member of a boys' team competing under the auspices of the Association. A complaint against the exclusion of the girl on the basis of her sex alone had been made under the provisions of the *Human Rights Code, 1981*, S.O. 1981, c. 53, to the Ontario Human Rights Commission. It was argued that the hockey association provided a service ordinarily available to members of the public without discrimination because of sex, and therefore that the discrimination against the girl contravened this legislation. The Commission considered that it could not act in the matter because of the provisions of s. 19(2) of the *Human Rights Code*, which are set out hereunder:

> **19.**—(1) . . .
>
> (2) The right under section 1 to equal treatment with respect to services and facilities is not infringed where membership in an athletic organization or participation in an athletic activity is restricted to persons of the same sex.

In the Supreme Court of Ontario it was claimed that s. 19(2) of the *Human Rights Code* was contrary to s. 15(1) of the *Charter* and that it was accordingly void. The application was dismissed. In the Court of Appeal, the appeal was allowed (Dubin, Morden JJ.A., Finlayson J.A. dissenting). Dubin J.A., writing for the majority, stated the issue in these terms at [D.L.R., p. 735]:

> Indeed, it was on the premise that the ruling of the Ontario Human Rights Commission was correct that

nance d'exécution et si la *Charte* empêche de rendre une telle ordonnance dans le cas où il y aurait atteinte à un droit qu'elle garantit, tous les litiges privés seraient alors, semble-t-il, assujettis à la *Charte*. À mon avis, ce point de vue n'apporte pas de réponse à la question. Pour que la *Charte* s'applique, il doit exister un lien plus direct et mieux défini entre l'élément d'action gouvernementale et la revendication qui est faite.

On trouve l'exemple d'un tel lien direct et étroit dans l'affaire *Re Blainey and Ontario Hockey Association*, précitée. Dans cette espèce, des procédures ont été intentées en Cour suprême de l'Ontario contre une association de hockey, au nom d'une fillette de douze ans qui s'était vu refuser la permission de jouer au hockey au sein d'une équipe de garçons parrainée par l'Association. Conformément aux dispositions du *Code des droits de la personne*, L.O. 1981, chap. 53, on s'était plaint auprès de la Commission ontarienne des droits de la personne du fait que la fillette avait été exclue en raison de son sexe seulement. On a fait valoir que l'association de hockey assurait un service auquel tous les membres du public sans distinction de sexe pouvaient ordinairement recourir et que, par conséquent, la distinction dont faisait l'objet de fillette violait cette loi. La Commission a jugé qu'elle ne pouvait agir dans l'affaire en raison des dispositions du par. 19(2) du *Code des droits de la personne*, qui se lit ainsi:

> [TRADUCTION] **19.**—(1) . . .
>
> (2) Ne constitue pas une atteinte au droit, reconnu à l'article 1, de traitement égal en matière de services et d'installations le fait de restreindre l'adhésion à un organisme sportif ou la participation à une activité sportive à des personnes du même sexe.

En Cour suprême de l'Ontario, on a soutenu que le par. 19(2) du *Code des droits de la personne* est contraire au par. 15(1) de la *Charte* et qu'il est donc entaché de nullité. La demande a été rejetée. La Cour d'appel a accueilli l'appel interjeté (les juges Dubin et Morden et le juge Finlayson, dissident). Le juge Dubin, s'exprimant au nom de la Cour d'appel à la majorité, énonce ainsi la question en litige [D.L.R., à la p. 735]:

> [TRADUCTION] En fait, c'est en fonction de la prémisse que la décision de la Commission ontarienne des

these proceedings were launched and which afforded the status to the applicant to complain now that, by reason of s. 19(2) of the *Human Rights Code* she is being denied the equal protection and equal benefit of the *Human Rights Code* by reason of her sex, contrary to the provisions of s. 15(1) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* (the "Charter").

He concluded that the provisions of s. 19(2) were in contradiction of the *Charter* and hence of no force or effect. In the *Blainey* case, a law suit between private parties, the *Charter* was applied because one of the parties acted on the authority of a statute, i.e., s. 19(2) of the Ontario *Human Rights Code* which infringed the *Charter* rights of another. *Blainey* then affords an illustration of the manner in which *Charter* rights of private individuals may be enforced and protected by the courts, that is, by measuring legislation—government action—against the *Charter*.

As has been noted above, it is difficult and probably dangerous to attempt to define with narrow precision that element of governmental intervention which will suffice to permit reliance on the *Charter* by private litigants in private litigation. Professor Hogg has dealt with this question, at p. 677, *supra*, where he said:

> ... the Charter would apply to a private person exercising the power of arrest that is granted to "any one" by the Criminal Code, and to a private railway company exercising the power to make by-laws (and impose penalties for their breach) that is granted to a "railway company" by the Railway Act; all action taken in exercise of a statutory power is covered by the Charter by virtue of the references to "Parliament" and "legislature" in s. 32. The Charter would also apply to the action of a commercial corporation that was an agent of the Crown, by virtue of the reference to "government" in s. 32.

It would also seem that the *Charter* would apply to many forms of delegated legislation, regulations, orders in council, possibly municipal by-laws, and by-laws and regulations of other creatures of Parliament and the Legislatures. It is not suggested that this list is exhaustive. Where such

droits de la personne était juste que les présentes procédures ont été engagées et que la requérante a maintenant qualité pour se plaindre qu'en raison du par. 19(2) du *Code des droits de la personne*, elle se voit refuser le droit à l'égalité de protection et de bénéfice du *Code des droits de la personne* en raison de son sexe, contrairement aux dispositions de la *Charte canadienne des droits et libertés* (la «*Charte*»).

Il a conclu que les dispositions du par. 19(2) étaient incompatibles avec la *Charte* et, par conséquent, inopérantes. Dans l'affaire *Blainey* où il était question d'une action entre particuliers, la *Charte* a été appliquée pour le motif qu'une partie avait agi en se fondant sur une disposition législative, savoir le par. 19(2) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, qui portait atteinte aux droits que garantit la *Charte* à une autre personne. L'affaire *Blainey* constitue donc un exemple de la manière dont les cours peuvent mettre à exécution et protéger les droits que la *Charte* garantit aux particuliers, c'est-à-dire en appréciant la mesure législative—l'action gouvernementale—en fonction de la *Charte*.

Comme on l'a dit ci-dessus, il est difficile et probablement dangereux de tenter de définir de façon étroite l'élément d'intervention gouvernementale qui suffira à permettre à des parties privées à un litige privé de s'appuyer sur la *Charte*. Le professeur Hogg a traité de cette question, à la p. 677 de son ouvrage précité, en ces termes:

> [TRADUCTION] ... la Charte s'appliquerait à une personne privée qui exercerait le pouvoir d'arrestation que le Code criminel accorde à «toute personne» et à une compagnie de chemin de fer privée qui exercerait le pouvoir de réglementation (et d'imposer des amendes pour leur violation) que la Loi sur les chemins de fer accorde à une «compagnie de chemin de fer»; toute action prise dans l'exercice du pouvoir législatif est régie par la Charte vu les mentions du «Parlement» et de la «législature» à l'art. 32. La Charte s'appliquerait aussi à l'action d'une société commerciale qui est un agent de Sa Majesté vu la mention du «gouvernement» à l'art. 32.

Il semblerait aussi que la *Charte* s'appliquerait à plusieurs formes de législation déléguée, de réglementation, de décrets, peut-être de règlements municipaux et de règlements administratifs et généraux d'autres organes créés par le Parlement et les législatures. Cette liste n'est certes pas

exercise of, or reliance upon, governmental action is present and where one private party invokes or relies upon it to produce an infringement of the *Charter* rights of another, the *Charter* will be applicable. Where, however, private party "A" sues private party "B" relying on the common law and where no act of government is relied upon to support the action, the *Charter* will not apply. I should make it clear, however, that this is a distinct issue from the question whether the judiciary ought to apply and develop the principles of the common law in a manner consistent with the fundamental values enshrined in the Constitution. The answer to this question must be in the affirmative. In this sense, then, the *Charter* is far from irrelevant to private litigants whose disputes fall to be decided at common law. But this is different from the proposition that one private party owes a constitutional duty to another, which proposition underlies the purported assertion of *Charter* causes of action or *Charter* defences between individuals.

Can it be said in the case at bar that the required element of government intervention or intrusion may be found? In *Blainey*, s. 19(2) of the Ontario *Human Rights Code*, an Act of a legislature, was the factor which removed the case from the private sphere. If in our case one could point to a statutory provision specifically outlawing secondary picketing of the nature contemplated by the appellants, the case—assuming for the moment an infringement of the *Charter*—would be on all fours with *Blainey* and, subject to s. 1 of the *Charter*, the statutory provision could be struck down. In neither case, would it be, as Professor Hogg would have it, the order of a court which would remove the case from the private sphere. It would be the result of one party's reliance on a statutory provision violative of the *Charter*.

In the case at bar, however, we have no offending statute. We have a rule of the common law which renders secondary picketing tortious and subject to injunctive restraint, on the basis that it induces a breach of contract. While, as we have

exhaustive. Lorsqu'une action gouvernementale est présente ou lorsqu'on l'invoque, et lorsqu'une partie privée l'invoque ou s'appuie sur elle pour entraîner la violation d'un droit d'un tiers garanti par la *Charte*, la *Charte* s'appliquera. Toutefois, lorsque «A», une partie privée, actionne «B», une partie privée, en s'appuyant sur la *common law* et qu'aucun acte du gouvernement n'est invoqué à l'appui de la poursuite, la *Charte* ne s'appliquera pas. Je dois toutefois dire clairement que c'est une question différente de celle de savoir si le judiciaire devrait expliquer et développer des principes de *common law* d'une façon compatible avec les valeurs fondamentales enchâssées dans la Constitution. La réponse à cette question doit être affirmative. En ce sens, donc, la *Charte* est loin d'être sans portée pour les parties privées dont les litiges relèvent de la *common law*. Mais ceci est différent de la proposition qu'une partie privée a envers une autre une obligation constitutionnelle, proposition qui sous-tend la prétendue affirmation de causes d'action en vertu de la *Charte* ou de défenses entre particuliers en vertu de la *Charte*.

Peut-on dire en l'espèce qu'il est possible de conclure à l'existence de l'élément requis d'intervention ou d'ingérence gouvernementale? Dans l'affaire *Blainey*, le par. 19(2) du *Code des droits de la personne* de l'Ontario, qui est une loi d'une législature, a été le facteur qui a retiré l'affaire du domaine privé. Si, dans la présente affaire, on avait une disposition législative qui proscrivait expressément le piquetage secondaire du genre envisagé par les appelants, l'affaire—en supposant pour l'instant qu'il y a violation de la *Charte*—correspondrait exactement à l'affaire *Blainey* et, sous réserve de l'article premier de la *Charte*, la disposition législative pourrait être annulée. Ni dans l'un ni dans l'autre cas, ce ne serait, comme le dirait le professeur Hogg, l'ordonnance d'une cour qui retirerait l'affaire du domaine privé. Ce serait le résultat du fait qu'une partie s'est fondée sur une disposition législative contraire à la *Charte*.

En l'espèce toutefois, il n'y a pas de loi en défaut. Nous avons une règle de *common law* selon laquelle le piquetage secondaire constitue un délit et peut faire l'objet d'une injonction visant à l'empêcher pour le motif qu'il incite à rompre un

found, the *Charter* applies to the common law, we do not have in this litigation between purely private parties any exercise of or reliance upon governmental action which would invoke the *Charter*. It follows then that the appeal must fail. The appeal is dismissed. The respondent is entitled to its costs. In the circumtances of this case, it becomes unnecessary to answer the constitutional question framed by the Chief Justice on September 5, 1984.

The following are the reasons delivered by

BEETZ J.—I agree with the reasons of the majority in the British Columbia Court of Appeal for holding that in the circumstances and on the evidence of this case, the picketing which has been enjoined would not have been a form of expression and that no question of infringement of s. 2(*b*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* could accordingly arise.

This reason suffices for the dismissal of the appeal with costs.

It is unnecessary for me to express any view on other issues in order to reach this conclusion. However, given the importance of these issues, I wish to state that I otherwise agree with the reasons for judgment written by my brother McIntyre.

The following are the reasons delivered by

WILSON J.—I agree with the reasons of my colleague, McIntyre J., with the exception of his reasons dealing with the application of s. 1 of the *Charter*.

The search under s. 1 is, I believe, for the appropriate test to apply when weighing a principle of the common law against a fundamental freedom protected by the *Charter*. On a s. 1 analysis the purposes and objectives of a piece of impugned legislation are ascertained through an objective approach: see, for example, the approach taken by this Court in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295 and *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103. It seems to me that the same objective approach must be taken when weighing a principle of the common law against a fundamental freedom.

contrat. Alors que, comme nous l'avons vu, la *Charte* s'applique à la *common law*, dans le présent litige qui oppose simplement des particuliers, on n'a posé aucun acte gouvernemental qui a pour effet de faire jouer la *Charte*. Il s'ensuit alors que le pourvoi doit échouer. Le pourvoi est rejeté. L'intimée a droit à ses dépens. Dans les circonstances, il devient inutile de répondre à la question constitutionnelle formulée par le Juge en chef le 5 septembre 1984.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE BEETZ—Je suis d'accord avec les motifs de la majorité en Cour d'appel de la Colombie-Britannique pour décider que, dans les circonstances et vu la preuve en l'espèce, le piquetage qui a été interdit ne pouvait constituer une forme d'expression et qu'il ne peut donc être aucunement question de violation de l'al. 2*b*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*.

Ce motif suffit à rejeter le pourvoi avec dépens.

Il m'est inutile d'exprimer une opinion sur les autres questions afin d'en venir à cette conclusion. Toutefois, vu leur importance, je veux indiquer que je suis par ailleurs d'accord avec les motifs de jugement rédigés par mon collègue le juge McIntyre.

Version française des motifs rendus par

MADAME LE JUGE WILSON—Je suis d'accord avec les motifs de mon collègue le juge McIntyre, à l'exception de la partie qui traite de l'application de l'article premier de la *Charte*.

Ce qu'il faut déterminer en vertu de l'article premier, c'est le critère approprié à appliquer lorsqu'on évalue un principe de *common law* par rapport à une liberté fondamentale protégée par la *Charte*. Au cours d'une analyse en vertu de l'article premier, on détermine les buts et objets d'un texte législatif en litige en suivant une démarche objective: voir par exemple, la démarche suivie par cette Cour dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, et *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103. Il me semble qu'on doit suivre la même démarche objective lorsqu'on évalue un principe de *common law* par rapport à une liberté fondamentale.

There are, as I see it, two distinct questions which must be answered, namely:

(1) Does the tort of inducing breach of contract represent a reasonable limit under s. 1 on freedom of expression in the labour relations context? and

(2) If the tort does represent a reasonable limit under s. 1, should injunctive relief be granted in this particular case?

The first question requires the application of the objective approach mentioned above. If the tort does not survive the first question then, of course, the conduct is not wrongful and no injunction can issue. If, however, it does survive the first question, then the facts of this particular case (including the subjective impact on the employer) must be considered in order to see whether the other requirements for the award of an interlocutory injunction are present, i.e., does the balance of convenience favour the plaintiff? However, even on this question it seems to me that some weight must be given to the freedom of speech of the picketers.

My difficulty with my colleague's approach to s. 1 is twofold. First, he has used the subjective impact on the employer on the first question. It is, on his analysis, the "pressing and substantial concern". And second, he has given no consideration to the origin and historical development of the tort and its role in relation to labour disputes. I would have thought that this was crucial on the s. 1 inquiry. As a consequence the two questions referred to above have been merged into one and no objective criteria for the s. 1 inquiry have been identified.

I nevertheless agree with McIntyre J.'s proposed disposition of the appeal.

Appeal dismissed.

Solicitors for the appellants: Laxton, Pidgeon, Vancouver.

À mon avis, on doit répondre à deux questions distinctes:

1) Le délit civil d'incitation à la rupture de contrat représente-t-il, au sens de l'article premier, une limite raisonnable de la liberté d'expression dans le contexte des relations de travail?

2) Si le délit civil représente une limite raisonnable au sens de l'article premier, une injonction doit-elle être accordée en l'espèce?

La première question exige l'application de la démarche objective susmentionnée. Si le délit civil ne passe pas le cap de la première question, il s'ensuit évidemment que la conduite n'est pas préjudiciable et qu'on ne peut pas délivrer d'injonction. Si, par contre, il passe le cap de la première question, alors on doit considérer les faits de cette affaire précise (y compris l'effet subjectif sur l'employeur) pour déterminer si les autres critères de délivrance d'une injonction interlocutoire sont présents, c'est-à-dire, la prépondérance des inconvénients est-elle favorable au demandeur? Mais même à cet égard, il me semble qu'il faut accorder un certain poids à la liberté d'expression des piqueteurs.

La difficulté que me cause la démarche de mon collègue à l'égard de l'article premier est double. D'abord, il a utilisé l'effet subjectif sur l'employeur pour la première question. C'est selon son analyse, la «préoccupation est urgente et réelle». Deuxièmement, il n'a pas pris en consideration l'origine et l'évolution historique du délit civil et de son rôle relativement aux conflits de travail. J'aurais cru que c'était capital pour l'enquête selon l'article premier. En conséquence, les deux premières questions susmentionnées ont été fondues en une seule et aucun critère objectif relativement à l'enquête en vertu de l'article premier n'a été identifié.

Je suis néanmoins d'accord avec l'issue du pourvoi proposée par le juge McIntyre.

Pourvoi rejeté.

Procureurs des appelants: Laxton, Pidgeon, Vancouver.

Solicitors for the respondent: Jordan and Gall, Vancouver.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: R. Tassé, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitors for the intervener the Attorney General for Alberta: McLennan, Ross, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: Attorney General of Newfoundland, St. John's.

Procureurs de l'intimée: Jordan and Gall, Vancouver.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: R. Tassé, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureurs de l'intervenant le procureur général de l'Alberta: McLennan, Ross, Edmonton.

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Procureur général de Terre-Neuve, St-Jean.

The Minister of Finance of Canada, the Minister of National Health and Welfare of Canada and the Attorney General of Canada *Appellants*

v.

Robert James Finlay *Respondent*

INDEXED AS: FINLAY *v.* CANADA (MINISTER OF FINANCE)

File No.: 17775.

1985: February 22; 1986: December 18.

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

ON APPEAL FROM THE FEDERAL COURT OF APPEAL

Actions — Standing — Non-constitutional challenge by private individual to the statutory authority for federal public expenditure — Person in need within the meaning of the Canada Assistance Plan seeking a declaration that cost-sharing payments by Canada to Manitoba pursuant to the Plan are illegal and an injunction to stop the payments because of provincial non-compliance with the conditions and undertakings imposed by the Plan — Plaintiff claiming to be prejudiced by the provincial non-compliance — Whether plaintiff has standing to seek the declaratory and injunctive relief — Whether statement of claim discloses reasonable cause of action.

The respondent alleges that he is a resident of Manitoba and a person in need within the meaning of the *Canada Assistance Plan* ("the Plan") whose sole support is the social allowance he receives under the Manitoba *Social Allowances Act*; that for a period of forty-six months an amount was deducted from his monthly social allowance in payment of a debt owing by him to the Crown for overpayment of allowance; and that prior to receiving social allowance he received municipal assistance, which by *The Municipal Act* of Manitoba is made a debt owing by the respondent to the municipality. The respondent contends that the continued payments by Canada to Manitoba of contributions under the Plan are illegal, as being contrary to the statutory authority conferred by s. 7(1) of the Plan, because they contribute to the cost of a provincial system of assistance to persons in need which is in breach, in several respects, of the conditions and under-

Le ministre des Finances du Canada, le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social du Canada et le procureur général du Canada *Appelants*

c.

Robert James Finlay *Intimé*

RÉPERTORIÉ: FINLAY *c.* CANADA (MINISTRE DES FINANCES)

N° du greffe: 17775.

1985: 22 février; 1986: 18 décembre.

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

EN APPEL DE LA COUR D'APPEL FÉDÉRALE

Actions — Qualité pour agir — Contestation non constitutionnelle par un particulier à l'égard du pouvoir légal d'engager une dépense publique fédérale — Personne nécessiteuse au sens du Régime d'assistance publique du Canada cherchant à faire déclarer que les versements du Canada au Manitoba au titre du partage des frais conformément au Régime sont illégaux et à obtenir une injonction pour interrompre les paiements à cause du non-respect par la province des conditions et engagements imposés par le Régime — Demandeur alléguant avoir subi un préjudice à cause du non-respect de la province — Le demandeur a-t-il qualité pour demander un jugement déclaratoire et une injonction? — La déclaration révèle-t-elle une cause d'action raisonnable?

L'intimé allègue qu'il est un résident du Manitoba et une personne nécessiteuse, au sens du *Régime d'assistance publique du Canada* («le Régime»), dont la seule source de revenu est la prestation sociale qu'il reçoit en vertu de *The Social Allowances Act* du Manitoba; que durant une période de quarante-six mois, un montant a été déduit de ses prestations mensuelles pour payer une dette qu'il avait envers Sa Majesté pour un trop-perçu de prestation; et que avant de recevoir des prestations sociales il bénéficiait de l'assistance municipale qui, selon *The Municipal Act* du Manitoba, est assimilée à une dette de l'intimé envers la municipalité. L'intimé soutient que les contributions que le Canada continue de verser au Manitoba conformément au Régime sont illégales parce que contraires à l'autorisation donnée par le par. 7(1) du Régime, du fait qu'elles contribuent à défrayer le coût d'un régime provincial d'assistance aux personnes nécessiteuses qui enfreint, à bien des égards,

takings to which such payments are made subject by s. 7(1). He contends that s. 20(3) of *The Social Allowances Act*, which authorizes the deduction from a social allowance payment of an amount to repay an overpayment of allowance, is contrary to the provincial undertaking to provide assistance to any person in need in an amount or manner that takes into account his basic requirements because such deduction has the effect of reducing the amount of a social allowance payment below the cost of basic requirements; that s. 444 of *The Municipal Act*, which makes the cost of any municipal assistance to a person in need a debt owing to the municipality, is in breach of the provincial undertaking to provide assistance to a person in need; and that the authority conferred on municipalities by s. 11(5)(b) of *The Social Allowances Act* to fix the amount of assistance required to meet the cost of basic requirements is contrary to the indication in the Plan that such authority shall be exercised by the provincial authority designated in the agreement made pursuant to the Plan.

The respondent sues for a declaration that the federal cost-sharing payments are illegal and an injunction to stop them as long as the provincial system of assistance to persons in need fails to comply with the conditions and undertakings imposed by the Plan. On a motion to strike by the appellants under Federal Court Rule 419(1) the respondent's statement of claim was struck out in the Trial Division of the Federal Court on the grounds that the respondent lacked the requisite standing to bring his action and the statement of claim did not disclose a reasonable cause of action. A majority of the Federal Court of Appeal allowed an appeal from this order and restored the respondent's statement of claim. The appellants appeal from that judgment, and the issues in the appeal are whether the respondent should be recognized as having standing to bring his action, and if he has the requisite standing, whether the statement of claim discloses a reasonable cause of action.

Held: The appeal should be dismissed.

The respondent does not have a sufficiently direct, personal interest in the legality of the federal cost-sharing payments, as distinct from provincial compliance with the conditions and undertakings imposed by the Plan, to bring him within the general requirement for standing to sue, without the consent of the Attorney General, for a declaration or an injunction to challenge an exercise of statutory authority. He should, however, be recognized, as a matter of judicial discretion, as having public interest standing to bring his action. The approach to public interest standing reflected in the judgments of this Court in *Thorson*, *McNeil* and

les conditions et engagements auxquels le par. 7(1) assujettit ces versements. Il soutient que le par. 20(3) de *The Social Allowances Act*, qui permet de déduire d'une prestation d'assurance sociale un montant destiné à rembourser un trop-perçu de prestation, viole l'engagement souscrit par la province de venir en aide à toute personne nécessiteuse dans une mesure ou d'une manière compatible avec son minimum vital, car cette déduction a pour effet de réduire le montant de la prestation d'assistance sociale à un niveau inférieur à son minimum vital; que l'art. 444 de *The Municipal Act*, qui fait de toute somme versée à titre de prestation d'assistance municipale à une personne nécessiteuse, une créance de la municipalité, viole l'engagement de la province de fournir cette aide à une personne nécessiteuse; et que le pouvoir que confère aux municipalités l'al. 11(5)b) de *The Social Allowances Act* de fixer le montant de l'aide requise pour subvenir aux besoins fondamentaux est contraire à ce que prévoit le Régime qu'un tel pouvoir doit être exercé par l'autorité provinciale désigné dans l'accord passé conformément au Régime.

L'intimé demande une déclaration portant que les versements fédéraux au titre du partage des frais sont illégaux et une injonction pour les interrompre tant que le régime provincial d'aide aux nécessiteux ne respecte pas les conditions et engagements imposés par le Régime. Sur requête en radiation des appelants, fondée sur le par. 419(1) des *Règles de la Cour fédérale*, la déclaration de l'intimé a été radiée en Cour fédérale, Division de première instance aux motifs que l'intimé n'avait pas la qualité requise pour intenter son action et que sa déclaration ne révélait aucune cause d'action raisonnable. La Cour d'appel fédérale, à la majorité, a accueilli l'appel de cette ordonnance et a rétabli la déclaration de l'intimé. Les appelants se pourvoient contre ce jugement et les questions en litige sont celles de savoir si on doit reconnaître à l'intimé qualité pour intenter son action et, s'il a la qualité requise, si la déclaration révèle une cause d'action raisonnable.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

L'intimé n'a pas un intérêt suffisamment direct et personnel dans la légalité des versements fédéraux au titre du partage des frais, à la différence du respect par la province des conditions et engagements imposés par le Régime, pour qu'on puisse dire qu'il a la qualité requise en général pour demander un jugement déclaratoire ou une injonction pour contester l'exercice du pouvoir conféré par la loi sans le consentement du procureur général. Toutefois il devrait se voir investi de la qualité pour agir en vertu du pouvoir discrétionnaire du tribunal. La conception de la qualité pour agir dans l'intérêt public qui se dégage des arrêts de cette Cour *Thorson*, *McNeil*

Borowski, in which there was a challenge to the constitutionality or operative effect of legislation, should be extended to a non-constitutional challenge by an action for a declaration to the statutory authority for public expenditure or other administrative action. The respondent meets the criteria laid down for the discretionary recognition of public interest standing in *Thorson*, *McNeil* and *Borowski*. His action raises justiciable issues. The issues are serious ones, and the respondent has a genuine interest in them. If the respondent were denied standing there would be no other way in which the issues could be brought before a court. The respondent should be recognized as having standing to sue for the injunctive, as well as the declaratory, relief prayed for in his statement of claim. The alternative contention that the statement of claim does not disclose a reasonable cause of action should be rejected. It is not plain and obvious that the respondent cannot succeed with his contentions.

Cases Cited

Applied: *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138; *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265; *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575; **referred to**: *MacIlreith v. Hart* (1908), 39 S.C.R. 657; *Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.*, [1982] A.C. 617; *Australian Conservation Foundation Inc. v. Commonwealth of Australia* (1980), 28 A.L.R. 257; *London County Council v. Attorney-General*, [1902] A.C. 165; *Carota v. Jamieson*, [1977] 1 F.C. 19; *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435; *Boyce v. Paddington Borough Council*, [1903] 1 Ch. 109; *London Passenger Transport Board v. Moscrop*, [1942] A.C. 332; *Cowan v. Canadian Brodcasting Corp.*, [1966] 2 O.R. 309; *Rosenberg v. Grand River Conservation Authority* (1976), 69 D.L.R. (3d) 384; *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] S.C.R. 331; *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968); *Linda R. S. v. Richard D.*, 410 U.S. 614 (1973); *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*, 341 U.S. 123 (1951); *Re Lofstrom and Murphy* (1971), 22 D.L.R. (3d) 120; *LeBlanc v. City of Transcona*, [1974] S.C.R. 1261; *Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Organization*, 426 U.S. 26 (1976); *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441.

Statutes and Regulations Cited

Canada Assistance Plan, R.S.C. 1970, c. C-1, ss. 2 "person in need", "provincial authority", 4, 6(2)(*a*), 7(1), 9(1)(*g*).
Federal Court Rules, C.R.C. 1978, c. 663, R. 419(1).
Municipal Act, S.M. 1970, c. 100, s. 444.

et *Borowski*, où il y avait contestation de la constitutionnalité ou de l'effet d'un texte de loi, devrait être étendue à une action en jugement déclaratoire, sans contestation de constitutionnalité, à l'égard du pouvoir que confère la loi de faire des dépenses publiques ou quelque autre action administrative. L'intimé répond aux critères de la reconnaissance discrétionnaire de la qualité pour agir dans l'intérêt public établis par les arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski*. Son action soulève des questions qui relèvent des tribunaux. Ce sont des questions graves et l'intimé a un intérêt réel à leur égard. Si on lui refuse la qualité pour agir, il n'existe aucune autre façon de soumettre ces questions aux tribunaux. On doit donc lui reconnaître qualité pour demander l'injonction de même que le jugement déclaratoire requis dans sa déclaration. Le moyen subsidiaire que la déclaration ne révèle aucune cause d'action raisonnable doit être rejeté. Il n'est pas clair et net que les prétentions de l'intimé ne sauraient être accueillies.

Jurisprudence

Arrêts appliqués: *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138; *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265; *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575; **arrêts mentionnés**: *MacIlreith v. Hart* (1908), 39 R.C.S. 657; *Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.*, [1982] A.C. 617; *Australian Conservation Foundation Inc. v. Commonwealth of Australia* (1980), 28 A.L.R. 257; *London County Council v. Attorney-General*, [1902] A.C. 165; *Carota c. Jamieson*, [1977] 1 C.F. 19; *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435; *Boyce v. Paddington Borough Council*, [1903] 1 Ch. 109; *London Passenger Transport Board v. Moscrop*, [1942] A.C. 332; *Cowan v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1966] 2 O.R. 309; *Rosenberg v. Grand River Conservation Authority* (1976), 69 D.L.R. (3d) 384; *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] R.C.S. 331; *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968); *Linda R. S. v. Richard D.*, 410 U.S. 614 (1973); *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*, 341 U.S. 123 (1951); *Re Lofstrom and Murphy* (1971), 22 D.L.R. (3d) 120; *LeBlanc c. Ville de Transcona*, [1974] R.C.S. 1261; *Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Organization*, 426 U.S. 26 (1976); *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441.

Lois et règlements cités

Municipal Act, S.M. 1970, chap. 100, art. 444.
Régime d'assistance publique du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-1, art. 2, «personne nécessiteuse», «autorité provinciale», 4, 6(2)*a*), 7(1), 9(1)*g*).
Règles de la Cour fédérale, C.R.C. 1978, chap. 663,

Social Allowances Act, R.S.M. 1970, c. S160, ss. 11(5)(b), 20(3) [en. 1980, c. 37, s. 10].

Authors Cited

Cromwell, Thomas A. *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada*. Toronto: Carswells, 1986.

Thio, S. M. *Locus Standi and Judicial Review*. Singapore: Singapore University Press, 1971.

Zamir, Itzhac. *The Declaratory Judgment*. London: Stevens & Sons Ltd., 1962.

APPEAL from a judgment of the Federal Court of Appeal, [1984] 1 F.C. 516, 146 D.L.R. (3d) 704, 48 N.R. 126, allowing respondent's appeal from a judgment of Nitikman D.J. of the Trial Division striking out respondent's statement of claim. Appeal dismissed.

T. B. Smith, Q.C., Harry Glinter and *Susan D. Clark*, for the appellants.

G. Patrick S. Riley and *A. J. Roman*, for the respondent.

The judgment of the Court was delivered by

LE DAIN J.—This appeal raises the question whether a private individual has standing to sue for a declaration that certain payments out of the Consolidated Revenue Fund of Canada are illegal on the ground that they are not made in accordance with the applicable statutory authority. More specifically, the question is whether a recipient of provincial assistance to persons in need, who claims to be prejudiced by certain provisions of the provincial legislation respecting such assistance, should be recognized as having standing to seek a declaration that payments by the federal government to the provincial government of contributions to the cost of such assistance, pursuant to the *Canada Assistance Plan*, R.S.C. 1970, c. C-1 (hereinafter referred to as "the Plan"), are illegal, as being contrary to the authority conferred by the Plan, because the provincial legislative provisions complained of do not comply with the conditions and undertakings to which the federal cost-sharing payments are made subject by the Plan. There is also the issue, raised alternatively, whether, if

règle 419(1).

Social Allowances Act, R.S.M. 1970, chap. S160, art. 11(5)b), 20(3) [aj. 1980, chap. 37, art. 10].

Doctrine citée

Cromwell, Thomas A. *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada*. Toronto: Carswells, 1986.

Thio, S. M. *Locus Standi and Judicial Review*. Singapore: Singapore University Press, 1971.

Zamir, Itzhac. *The Declaratory Judgment*. London: Stevens & Sons Ltd., 1962.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel fédérale, [1984] 1 C.F. 516, 146 D.L.R. (3d) 704, 48 N.R. 126, qui a accueilli l'appel de l'intimé contre un jugement du juge suppléant Nitikman de la Division de première instance, qui avait radié la déclaration de l'intimé. Pourvoi rejeté.

T. B. Smith, c.r., Harry Glinter et *Susan D. Clark*, pour les appelants.

G. Patrick S. Riley et *A. J. Roman*, pour l'intimé.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LE DAIN—La question en l'espèce est de savoir si un particulier a qualité pour demander un jugement déclaratoire portant que certains paiements versés à même le Fonds du revenu consolidé du Canada sont illégaux parce qu'ils n'ont pas été faits conformément à la loi applicable. Plus précisément, il s'agit de savoir si on devrait reconnaître à un bénéficiaire de l'assistance provinciale accordée aux personnes nécessiteuses, qui prétend être lésé par certaines dispositions de la loi provinciale régissant cette assistance, qualité pour demander un jugement déclaratoire portant que le versement effectué, par le gouvernement fédéral au gouvernement provincial, de contributions au coût de cette assistance, conformément au *Régime d'assistance publique du Canada*, S.R.C. 1970, chap. C-1 (ci-après appelé le «Régime»), est illégal parce que contraire à l'autorisation donnée par le Régime, du fait que les dispositions législatives provinciales en cause ne respectent pas les conditions et engagements auxquels le Régime assujettit les paiements fédéraux en matière de

there is the requisite standing to sue, the statement of claim discloses a reasonable cause of action.

The appeal is by leave of this Court from the judgment of the Federal Court of Appeal (Thurlow C.J. and Lalande D.J.; Heald J. dissenting), on April 25, 1983, [1984] 1 F.C. 516, allowing an appeal from the order on November 17, 1982 of Nitikman D.J. in the Trial Division, who, on a motion to strike under Federal Court Rule 419(1), struck out the respondent's statement of claim on the grounds that the respondent lacked standing and the statement of claim did not disclose a reasonable cause of action.

I

The respondent's statement of claim contains the following allegations of fact. The respondent is a resident of Manitoba who by reason of illness and disability is unable to provide adequately for himself and is therefore a person in need within the meaning of the Plan. His sole source of support is the social allowance he receives under *The Social Allowances Act*, R.S.M. 1970, c. S160, of Manitoba. For a period of forty-six months an amount equal to 5 per cent of the respondent's social allowance was deducted from his monthly allowance in payment of a debt owing by him to the Crown for overpayment of allowance. Prior to receiving social allowance the respondent received municipal assistance, which, by s. 444 of *The Municipal Act*, S.M. 1970, c. 100, of Manitoba, is made a debt owing by the respondent to the municipality.

The respondent contends that the continued payments by Canada to Manitoba of contributions under the Plan are illegal, as being contrary to the statutory authority conferred by s. 7(1) of the Plan, because they contribute to the cost of a provincial system of assistance to persons in need which is in breach, in several respects, of the conditions and undertakings to which such payments are made subject by s. 7(1). Section 7(1) reads as follows:

partage des frais. Est également soulevée la question subsidiaire de savoir si, en supposant qu'il a qualité pour agir, la déclaration révèle l'existence d'une cause d'action raisonnable.

Le pourvoi autorisé par la Cour attaque l'arrêt rendu, le 25 avril 1983, par la Cour d'appel fédérale (le juge en chef Thurlow et le juge suppléant Lalande; le juge Heald était dissident), [1984] 1 C.F. 516, qui a accueilli l'appel de l'ordonnance rendue le 17 novembre 1982 par le juge suppléant Nitikman de la Division de première instance, qui, sur requête en radiation adressée en vertu de la Règle 419(1) de la Cour fédérale, avait radié la déclaration de l'intimé pour les motifs que celui-ci n'avait pas qualité pour agir et que la déclaration ne révèlait pas l'existence d'une cause d'action raisonnable.

I

La déclaration de l'intimé comporte les allégations de fait suivantes. L'intimé est un résident du Manitoba qui, étant malade et invalide, est incapable de subvenir à ses besoins et est, par conséquent, une personne nécessiteuse au sens du Régime. La prestation sociale qu'il reçoit en vertu de *The Social Allowances Act*, R.S.M. 1970, chap. S160, du Manitoba, constitue sa seule source de revenu. Durant une période de quarante-six mois, un montant égal à 5 pour 100 des prestations sociales de l'intimé a été déduit de ses prestations mensuelles pour payer une dette qu'il avait envers Sa Majesté pour un trop-perçu de prestations. Avant de recevoir des prestations sociales, l'intimé bénéficiait de l'assistance municipale qui, selon l'art. 444 de *The Municipal Act*, S.M. 1970, chap. 100, du Manitoba, est assimilée à une créance de la municipalité dont l'intimé est débiteur.

L'intimé soutient que les contributions que le Canada continue de verser au Manitoba conformément au Régime sont illégales, parce que contraires à l'autorisation donnée par le par. 7(1) du Régime, du fait qu'elles contribuent à défrayer le coût d'un régime provincial d'assistance aux personnes nécessiteuses qui enfreint, à bien des égards, les conditions et engagements auxquels le par. 7(1) assujettit ces versements. Le paragraphe 7(1) est ainsi conçu:

7. (1) Contributions or advances on account thereof shall be paid, upon the certificate of the Minister, out of the Consolidated Revenue Fund at such times and in such manner as may be prescribed, but all such payments are subject to the conditions specified in this Part and in the regulations and to the observance of the agreements and undertakings contained in an agreement.

The respondent contends that s. 20(3) of *The Social Allowances Act*, which authorizes the deduction from a social allowance payment of an amount to repay an overpayment of allowance, is contrary to the provincial undertaking to provide assistance to any person in need in an amount or manner that takes into account his basic requirements because such deduction has the effect of reducing the amount of a social allowance payment below the cost of basic requirements. The provincial undertaking is required as a condition of contributions under the Plan by s. 6(2)(*a*) thereof and is contained in clause 2 of the agreement of March 20, 1967 (hereinafter referred to as "the Agreement") entered into by the Government of Canada and the Government of Manitoba pursuant to s. 4 of the Plan.

The respondent further contends that s. 444 of *The Municipal Act*, which makes the cost of any municipal assistance to a person in need a debt owing to the municipality, is in breach of the provincial undertaking, as required by the Plan, to "provide" such assistance to a person in need. In the respondent's submission, the word "provide" requires, in view of the federal contribution to the cost of such assistance, that the assistance be provided in the form of a gift rather than a loan.

Finally, the respondent contends that the authority conferred on municipalities by s. 11(5)(b) of *The Social Allowances Act* to fix the amount of assistance required to meet the cost of basic requirements is contrary to the intention indicated in the definition of "person in need" in s. 2 of the Plan that such authority shall be exercised by "the provincial authority", as defined by s. 2 of the Plan and designated by clause 1(b) of the Agreement, which states that the Minister of Welfare is the provincial Minister charged with the administration of the provincial law.

7. (1) Les contributions ou les avances sur lesdites contributions doivent, dès présentation du certificat du Ministre, être payées sur le Fonds du revenu consolidé aux époques et de la manière qui peuvent être prescrites, mais tous ces paiements sont assujettis aux conditions spécifiées dans la présente Partie et dans les règlements et à l'observation des conventions et des engagements contenus dans un accord.

L'intimé soutient que le par. 20(3) de *The Social Allowances Act*, qui permet de déduire d'une prestation d'assurance sociale un montant destiné à rembourser un trop-perçu de prestations, viole l'engagement souscrit par la province de venir en aide à toute personne nécessiteuse, dans une mesure ou d'une manière compatible avec son minimum vital, du fait que cette déduction a pour effet de réduire le montant de la prestation d'assurance sociale à un niveau inférieur à son minimum vital. L'engagement de la province est requis comme condition de versement des contributions en vertu de l'al. 6(2)*a*) du Régime et est contenu dans la clause 2 de l'accord du 20 mars 1967 (ci-après l'«Accord») intervenu entre le gouvernement du Canada et le gouvernement du Manitoba, conformément à l'art. 4 du Régime.

L'intimé fait en outre valoir que l'art. 444 de *The Municipal Act* qui fait de toute somme versée à titre de prestation d'assistance municipale à une personne nécessiteuse une créance de la municipalité, viole l'engagement de la province de «fournir» cette aide à une personne nécessiteuse comme le prévoit le Régime. Aux dires de l'intimé, le terme «fournir» exige, vu la participation fédérale au coût de cette aide, que l'aide soit fournie sous forme de don plutôt que de prêt.

Enfin, l'intimé soutient que le pouvoir que l'al. 11(5)b) de *The Social Allowances Act* confère aux municipalités de fixer le montant de l'aide requise pour subvenir aux besoins fondamentaux est contraire à l'intention, qui ressort de la définition de «personne nécessiteuse» à l'art. 2 du Régime, que ce pouvoir doit être exercé par «l'autorité provinciale», définie par l'art. 2 du Régime et désignée par l'al. 1b) de l'Accord, selon lequel le ministre du Bien-être est le ministre provincial chargé de l'application de la législation provinciale.

The respondent's action is brought against the Minister of Finance, as the Minister responsible for payments out of the Consolidated Revenue Fund, and against the Minister of National Health and Welfare, as the Minister responsible for certificates under s. 7 of the Plan, and concludes for the following relief: (a) a declaration that the certificates and the payments of contribution under the Plan are illegal so long as the provincial legislation respecting assistance to persons in need fails to comply, in the manner indicated above, with the conditions and undertakings to which such payments are made subject by the Plan; (b) an injunction to stop such certificates and payments; and (c) a declaration that the payments of contribution to Manitoba since March 20, 1967 constitute overpayment within the meaning of s. 9(1)(*g*) of the Plan.

L'intimé intente son action contre le ministre des Finances, ministre responsable des paiements sur le Fonds du revenu consolidé, et contre le ministre de la Santé nationale et du Bien-être social, ministre responsable de la délivrance des certificats en application de l'art. 7 du Régime, et conclut: a) à un jugement déclaratoire portant que les certificats délivrés et les contributions versées en vertu du Régime seront illégaux tant que la législation provinciale sur l'aide à fournir aux personnes nécessiteuses ne se conformera pas, de la manière déjà indiquée, aux conditions et engagements auxquels le Régime assujettit ses versements; b) à une injonction pour interrompre la délivrance de ces certificats et versements; c) et à un jugement déclaratoire portant que les contributions versées au Manitoba depuis le 20 mars 1967 constituent des plus-payés aux termes de l'al. 9(1)*g*) du Régime.

The appellants' notice of motion under Federal Court Rule 419(1) for an order striking out the respondent's statement of claim sets out the following grounds: (a) the respondent "does not have the requisite standing in law to maintain his action"; and (b) in the alternative, if the respondent does have the requisite standing, the statement of claim "does not disclose any reasonable grounds for obtaining the relief sought".

L'avis de requête de l'appelant concluant, sur le fondement de la Règle 419(1) de la Cour fédérale, à la radiation de la déclaration de l'intimé énonce les moyens suivants: a) l'intimé [TRADUCTION] «n'a pas la qualité requise par la loi pour poursuivre son action»; b) subsidiairement, si l'intimé a qualité pour agir, la déclaration [TRADUCTION] «ne révèle aucun motif raisonnable permettant d'obtenir le redressement demandé».

The motions judge of the Federal Court, Trial Division, struck out the respondent's statement of claim on both of the above grounds, without giving reasons.

Le juge des requêtes de la Division de première instance de la Cour fédérale a radié la déclaration de l'intimé sur les deux moyens précités, par décision non motivée.

A majority of the Federal Court of Appeal, in reasons by Thurlow C.J. and Lalande D.J., allowed the appeal and restored the respondent's statement of claim on the grounds that the respondent should be granted standing, as a matter of judicial discretion, and that the statement of claim disclosed a reasonable cause of action. Heald J., dissenting, was of the view that the respondent lacked the requisite standing.

La Cour d'appel fédérale, à la majorité, par les motifs du juge en chef Thurlow et du juge suppléant Lalande, a accueilli l'appel interjeté contre cette décision et a rétabli la déclaration de l'intimé aux motifs que la cour avait le pouvoir discrétionnaire d'autoriser l'intimé à agir et aussi que la déclaration révèle une cause d'action raisonnable. Le juge Heald, dissident, a exprimé l'avis que l'intimé n'avait pas qualité pour agir.

The Federal Court of Appeal also had before it at the same time appeals from two other orders of the Trial Division on applications by the respondent against the appellants: (a) an order dismissing an application by originating notice of motion

La Cour d'appel fédérale était aussi saisie par la même occasion de deux appels formés contre deux autres ordonnances de la Division de première instance statuant sur des requêtes de l'intimé contre les appelants: a) une ordonnance rejetant

under s. 18 of the *Federal Court Act*, R.S.C. 1970 (2nd Supp.), c. 10, for an injunction to restrain the appellants from continuing to make payments under the Plan to the province; and (b) an order dismissing an application for an interim injunction to the same effect in the action for a declaration and injunction. The judgments of the Federal Court of Appeal dismissing the appeals from both of these orders are not in issue in this appeal. In its judgment allowing the appeal from the order of the Trial Division striking out the respondent's statement of claim the Federal Court of Appeal did not refer, at least explicitly, to the respondent's standing and cause of action to obtain the injunctive relief prayed for in the statement of claim. It allowed the appeal and restored the statement of claim on the basis that the respondent had the requisite standing and a reasonable cause of action to seek the declaratory relief.

II

The issue of standing in this appeal, as I conceive it, may be approached by asking the following questions:

1. Does the respondent have a sufficient personal interest in the legality of the federal cost-sharing payments to bring him within the general requirement for standing to challenge an exercise of statutory authority by an action for a declaration or an injunction?

2. If not, does the Court have a discretion to recognize public interest standing in the circumstances of the present case?

3. If the Court does have such a discretion should it be exercised in favour of the respondent?

These questions involve a consideration of the discretionary control over standing to assert a purely public right or interest by an action for a declaration or an injunction that has traditionally vested in the Attorney General and the extent to which that control has been displaced or qualified

une demande soumise par avis de requête introductif d'instance, sur le fondement de l'art. 18 de la *Loi sur la Cour fédérale*, S.R.C. 1970 (2e Supp.), chap. 10, concluant à une injonction intimant aux appelants de cesser de verser des contributions à la province en application du Régime; b) et à une ordonnance rejetant une demande concluant à une injonction provisoire au même effet, tant dans l'action en jugement déclaratoire que dans la demande d'injonction. Les arrêts de la Cour d'appel fédérale qui ont rejeté les appels formés contre ces deux ordonnances ne sont pas en cause en l'espèce. Dans l'arrêt par lequel elle fait droit à l'appel formé contre l'ordonnance de la Division de première instance radiant les déclarations de l'intimé, la Cour d'appel fédérale ne mentionne pas, du moins expressément, la qualité pour agir de l'intimé ni son droit à l'injonction demandée dans la déclaration. Elle a accueilli l'appel et a rétabli la déclaration, estimant que l'intimé avait qualité pour agir et avait une cause d'action raisonnable pour demander un jugement déclaratoire.

II

La question de la qualité pour agir en l'espèce peut, selon moi, être élucidée à partir des questions suivantes:

1. L'intimé a-t-il un intérêt personnel suffisant dans la légalité des versements fédéraux au titre du partage des frais pour satisfaire à l'exigence générale en matière de qualité pour contester l'exercice d'un pouvoir légal par une action en jugement déclaratoire ou par une demande d'injonction?

2. Dans la négative, la Cour a-t-elle le pouvoir discrétionnaire de reconnaître l'existence de la qualité pour agir dans l'intérêt public en l'espèce?

3. Si la Cour a ce pouvoir discrétionnaire, devrait-elle l'exercer en faveur de l'intimé?

Ces questions exigent un examen du contrôle discrétionnaire sur la qualité pour agir en justice pour faire valoir un droit ou un intérêt publics par une action en jugement déclaratoire ou par une demande d'injonction, dont traditionnellement jouissait le procureur général, et de la mesure dans

by the judgments of this Court in *Thorson v. Attorney General of Canada*, [1975] 1 S.C.R. 138, *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265, and *Minister of Justice of Canada v. Borowski*, [1981] 2 S.C.R. 575. More specifically, they involve a consideration of whether the approach to public interest standing reflected in those cases, in which there was a challenge to the constitutionality or operative effect of legislation, applies to a non-constitutional challenge to the statutory authority for administrative action.

In the course of his submissions on the issue of standing counsel for the appellants also raised an issue of justiciability. He contended that the question of provincial compliance with the conditions of federal cost-sharing was not an issue appropriate for determination by a court, but was rather one that should be left to government review and inter-governmental resolution. The respondent contended that the particular questions of provincial non-compliance raised by the statement of claim were questions of law appropriate for judicial determination. Justiciability was held by this Court in *Thorson* to be a central consideration in the exercise of the judicial discretion to recognize public interest standing in certain cases. I propose to consider it in that context.

Finally, before examining the question of standing, something should perhaps be said concerning the assumption underlying the judgments below and the argument in this Court that the issue of standing can be properly determined with final effect in this case as a preliminary matter on a motion to strike. This question, which involves the relationship between standing and the merits of a case, was briefly alluded to by Thurlow C.J., who noted that no objection had been taken to the determination of standing as a preliminary matter, based on the view expressed by Collier J. in *Carota v. Jamieson*, [1977] 1 F.C. 19, at p. 25. There, on a motion to strike under Federal Court Rule

laquelle ce contrôle a été supprimé ou diminué par les arrêts de cette Cour *Thorson c. Procureur général du Canada*, [1975] 1 R.C.S. 138, *Nova Scotia Board of Censors c. McNeil*, [1976] 2 R.C.S. 265, et *Ministre de la Justice du Canada c. Borowski*, [1981] 2 R.C.S. 575. Plus précisément, elles obligent à rechercher si la conception de la qualité pour agir dans l'intérêt public qui se dégage de ces arrêts, où il y avait contestation de la constitutionnalité ou de l'effet d'un texte de loi, s'applique à une contestation autre que constitutionnelle dirigée contre le pouvoir de prendre des mesures administratives que confère la loi.

Au cours de son argumentation sur la question de la qualité pour agir, l'avocat des appelants a aussi soulevé la question de savoir s'il s'agit d'une demande susceptible d'être portée devant les tribunaux. Il soutient qu'il n'est pas approprié qu'un tribunal soit saisi d'un litige sur le respect par une province des conditions d'un programme à frais partagés avec le fédéral, mais que ce serait plutôt là une question qui devrait être laissée à un examen gouvernemental et à une solution intergouvernementale. L'intimé fait valoir que les questions particulières sur les manquements de la province que soulève la déclaration sont des questions de droit dont les tribunaux peuvent être saisis. Cette Cour, dans l'arrêt *Thorson*, a jugé que la justiciabilité constituait un élément primordial de l'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux de reconnaître, dans certains cas, qu'il y a qualité pour agir dans l'intérêt public. Je me propose de l'examiner dans ce contexte.

Enfin, avant d'étudier la question de la qualité pour agir, peut-être faudrait-il se prononcer sur la présomption sous-jacente aux décisions d'instance inférieure et à l'argument avancé devant la Cour que la question de la qualité pour agir peut à bon droit faire l'objet d'une décision définitive en l'espèce, en tant qu'exception préliminaire, soulevée par requête en radiation. Cette question, qui met en cause un rapport entre la qualité pour agir et le fond de l'affaire, fait l'objet d'une brève allusion du juge en chef Thurlow, qui note qu'on ne s'est pas opposé à ce qu'une décision soit rendue sur la qualité pour agir, en tant qu'exception préliminaire, fondée sur l'opinion qu'a exprimée le juge

419(1), Collier J. expressed the opinion that the question of standing should not be determined on a preliminary motion of that kind, but should be "the subject of full evidence, argument and deliberation at trial" or at least of "a formal hearing on a point of law, after all relevant facts for determination of that point have been established". The stage of the proceedings at which the issue of standing is best considered had earlier been the subject of comment by this Court in *McNeil*, *supra*, where, the question of standing to bring an action for a declaration of legislative invalidity having been raised and determined in the courts below as a preliminary matter, Laskin C.J. said at p. 267: "In granting leave, this Court indicated that where, as here, there is an arguable case for according standing, it is preferable to have all the issues in the case, whether going to procedural regularity or propriety or to the merits, decided at the same time. A thoroughgoing examination of the challenged statute could have a bearing in clarifying any disputed question on standing." A similar view was expressed by the House of Lords in *Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.*, [1982] A.C. 617. There the question arose in the context of an application for judicial review under R.S.C. Ord. 53, r. 3(5), which required that an applicant have "a sufficient interest in the matter to which the application relates". The members of the House of Lords were of the view that it was necessary to consider the merits of the application in order to determine the matter to which the application related. This question was also considered by the High Court of Australia in *Australian Conservation Foundation Inc. v. Commonwealth of Australia* (1980), 28 A.L.R. 257, where the opinion was expressed that it is a matter of judicial discretion, having regard to the particular circumstances of a case, whether to determine the question of standing with final effect as a preliminary matter or to reserve it for consideration on the merits. The Court held that for reasons of cost and convenience the judge had properly exercised that discretion in dealing with the question of standing as a preliminary matter and striking out the statement of claim. Assuming that the question whether an issue of standing to sue

Collier dans l'affaire *Carota c. Jamieson*, [1977] 1 C.F. 19, à la p. 25. Dans cette affaire, saisi d'une requête en radiation sur le fondement de la Règle 419(1) de la Cour fédérale, le juge Collier s'est dit d'avis que la question de la qualité pour agir ne devrait pas être tranchée sur une requête préliminaire de ce genre, mais que cette question devrait «faire l'objet d'une présentation d'une preuve complète, de plaidoiries et de débats, au cours d'une audition» ou, à tout le moins, «d'une audition régulière sur un point de droit après que tous les faits pertinents servant à trancher ce point en litige auraient été établis». La question de savoir à quel stade de la procédure il est préférable de statuer sur la qualité pour agir a déjà fait l'objet de commentaires de cette Cour dans l'arrêt *McNeil*, précité; la question de la qualité pour intenter une action en jugement déclaratoire d'invalidité d'une loi qui y était soulevée, a été tranchée par les instances inférieures en tant qu'exception préliminaire et le juge en chef Laskin a dit, à la p. 267: «En accordant l'autorisation, cette Cour a indiqué que lorsqu'il y a, comme en l'espèce, des arguments valables pour reconnaître la qualité pour agir, il vaut mieux statuer en même temps sur tous les points soulevés, qu'ils portent sur la régularité ou la justesse de la procédure ou sur le fond du litige. Un examen approfondi de la loi contestée pourrait aider à éclaircir la question soulevée sur la qualité pour agir.» La Chambre des lords a exprimé une opinion semblable dans son arrêt *Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.*, [1982] A.C. 617. La question s'est posée dans le cadre d'une demande d'examen judiciaire en vertu des R.S.C. Ord. 53, r. 3(5), qui requérait que le demandeur ait [TRADUCTION] «un intérêt suffisant dans l'objet visé par la demande». Les membres de la Chambre des lords ont été d'avis qu'il était nécessaire de statuer sur le fond de la demande pour pouvoir déterminer l'objet visé par la demande. La Haute Cour d'Australie a aussi examiné cette question dans l'affaire *Australian Conservation Foundation Inc. v. Commonwealth of Australia* (1980), 28 A.L.R. 257, où elle a exprimé l'opinion que relevait du pouvoir discrétionnaire du tribunal, compte tenu des circonstances particulières de l'espèce, la question de

may be properly determined as a preliminary matter in a particular case is one which a court should consider, whether or not it has been raised by the parties, I agree with the view expressed in the *Australian Conservation Foundation* case. It depends on the nature of the issues raised and whether the court has sufficient material before it, in the way of allegations of fact, considerations of law, and argument, for a proper understanding at a preliminary stage of the nature of the interest asserted. In my opinion the present case is one in which the question of standing can be properly determined on a motion to strike. The nature of the respondent's interest in the substantive issues raised by his action is sufficiently clearly established by the allegations and contentions in the statement of claim and the statutory and contractual provisions relied on without the need of evidence or full argument on the merits.

savoir s'il fallait rendre une décision définitive sur la question de la qualité pour agir, en tant qu'exception préliminaire, ou s'il fallait attendre et statuer sur ce point en même temps qu'on statuait sur le fond. La cour a jugé que pour des raisons d'économie et de commodité le juge avait eu raison d'exercer ce pouvoir discrétionnaire en considérant l'absence de qualité pour agir comme une exception préliminaire et en radiant la déclaration. Présumant que la question de savoir s'il peut être statué sur la qualité pour agir au stade de l'exception préliminaire dans une espèce donnée est une question qu'un tribunal doit examiner, qu'elle ait ou non été soulevée par les parties, je partage l'opinion exprimée dans l'arrêt *Australian Conservation Foundation.* Cela dépend de la nature des points litigieux et de savoir si le dossier dont la cour est saisie, les énoncés des faits et du droit, et les arguments invoqués sont suffisants pour lui permettre de bien comprendre, au stade de l'exception préliminaire, la nature de l'intérêt invoqué. À mon avis, en l'espèce, il est approprié de statuer sur la qualité pour agir au stade de la requête en radiation. La nature de l'intérêt de l'intimé dans les questions de fond que soulève son action est suffisamment établie par les allégations de la déclaration et les dispositions légales et contractuelles invoquées pour qu'il ne soit pas nécessaire de produire des preuves ni qu'il y ait débat sur le fond.

III

I turn to the question whether the respondent has a sufficient personal interest in the legality of the federal cost-sharing payments to bring him within the general requirement for standing to challenge an exercise of statutory authority by an action for a declaration or an injunction. The nature of the interest required by a private individual for standing to sue for declaratory or injunctive relief where, as in the present case, a question of public right or interest is raised, has been defined with reference to the role of the Attorney General as the guardian of public rights. Only the Attorney General has traditionally been regarded as having standing to assert a purely public right or interest by the institution of proceedings for declaratory or injunctive relief of his

III

J'en viens maintenant à la question de savoir si l'intimé a un intérêt personnel suffisant dans la légalité des versements fédéraux au titre du partage des frais pour satisfaire aux conditions générales qui lui donneraient qualité pour contester l'exercice d'un pouvoir légal, au moyen d'une action en jugement déclaratoire ou d'une demande d'injonction. La nature de l'intérêt requis pour qu'un particulier puisse avoir qualité pour demander un jugement déclaratoire ou une injonction lorsque, comme en l'espèce, un droit ou un intérêt publics sont en cause, a été définie par rapport au rôle du procureur général en tant que protecteur des droits publics. Seul le procureur général, estime-t-on traditionnellement, a qualité pour faire valoir un droit ou un intérêt publics en entamant

own motion or on the relation of another person. His exercise of discretion as to whether or not to give his consent to relator proceedings is not reviewable by the courts. See *London County Council v. Attorney-General*, [1902] A.C. 165, and *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435. In such a case a private individual may not sue for declaratory or injunctive relief without the consent of the Attorney General unless he can show what amounts to a sufficient private or personal interest in the subject matter of the proceedings. It is in this sense that I have referred to the discretionary control of the Attorney General over public interest standing. *Thorson*, *McNeil* and *Borowski* represent a departure from or exception to that general rule, but before considering their application in the present case it is necessary to consider whether the respondent has a sufficient interest in the legality of the federal cost-sharing payments to bring him within the general rule.

The general rule was laid down in cases involving the private action for public nuisance but it has been applied in a variety of public law contexts where an issue of public right or interest has been raised. The statement of the rule that has been most often cited is that of Buckley J. in *Boyce v. Paddington Borough Council*, [1903] 1 Ch. 109, in which the issue was whether the plaintiff, a private individual, could bring an action, without the consent of the Attorney General, for an injunction to restrain a public authority from erecting an obstruction in an open space that interfered with the access of light to the windows of the plaintiff's property. The case involved the public right to the open space and the private right to access of light to private property. It was held that the plaintiff could sue without joining the Attorney General because, although the right to the open space was a public right, the plaintiff sought to restrain an interference with his private right to access of light to his property, and he also suffered special damage peculiar to himself from the interference with the public right. Buckley J. stated the rule as follows at p. 114:

des procédures pour obtenir un jugement déclaratoire ou une injonction, de son propre chef ou à l'instigation d'un tiers. L'exercice de son pouvoir discrétionnaire de consentir ou non à ce qu'un tiers intente une action échappe à tout contrôle judiciaire. Voir les arrêts *London County Council v. Attorney-General*, [1902] A.C. 165, et *Gouriet v. Union of Post Office Workers*, [1978] A.C. 435. Dans un cas de ce genre, un particulier ne peut demander un jugement déclaratoire ou une injonction sans le consentement du procureur général, à moins qu'il puisse démontrer l'équivalent d'un intérêt personnel ou particulier suffisant dans l'objet de l'action. C'est en ce sens que j'ai parlé du contrôle discrétionnaire du procureur général sur l'intérêt pour agir en matière d'intérêt public. Les arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski* s'écartent de cette règle générale ou y font exception, mais avant d'examiner s'ils s'appliquent en l'espèce, il est nécessaire de rechercher si l'intimé a un intérêt suffisant dans la légalité des versements fédéraux au titre du partage des frais pour satisfaire à la règle générale.

La règle générale a été énoncée dans des décisions sur les actions que des particuliers intentaient pour nuisance publique, mais elle a été appliquée dans divers contextes de droit public mettant en cause un droit ou un intérêt publics. L'énoncé de la règle le plus souvent cité est celui du juge Buckley dans l'affaire *Boyce v. Paddington Borough Council*, [1903] 1 Ch. 109, où il fallait décider si le demandeur, un particulier, pouvait intenter une action, sans le consentement du procureur général, afin d'obtenir une injonction qui interdirait aux pouvoirs publics d'ériger, dans un espace ouvert, une construction qui empêcherait la lumière d'atteindre les fenêtres de la propriété du demandeur. L'affaire mettait en cause le droit public aux espaces ouverts et le droit privé à la lumière qui se rattache à la propriété privée. Il a été jugé que le demandeur pouvait agir sans joindre son action à celle du procureur général parce que, quoique le droit à un espace ouvert ait été un droit public, le demandeur voulait faire cesser une atteinte à son droit privé relatif à la lumière sur sa propriété et aussi parce qu'il subissait un dommage spécial qui lui était propre du fait de cette atteinte à ce droit public. Le juge Buckley énonce la règle en ces termes, à la p. 114:

A plaintiff can sue without joining the Attorney-General in two cases: first, where the interference with the public right is such that some private right of his is at the same time interfered with (e.g., where an obstruction is so placed in a highway that the owner of the premises abutting upon the highway is specially affected by reason that the obstruction interferes with his private right to access from and to his premises to and from the highway); and, secondly, where no private right is interfered with, but the plaintiff, in respect of his public right, suffers special damage peculiar to himself from the interference with the public right.

That statement has been treated as an authoritative expression of the rule and applied on several occasions to actions for a declaration as well as actions for an injunction, most notably by the House of Lords in *London Passenger Transport Board v. Moscrop*, [1942] A.C. 332, and *Gouriet*, *supra*. Examples of its application in Canada to cases involving issues of statutory authority are the judgments of the Ontario Court of Appeal in *Cowan v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1966] 2 O.R. 309, and *Rosenberg v. Grand River Conservation Authority* (1976), 69 D.L.R. (3d) 384. While the authority of the rule is well established the precise nature of the two exceptions stated by Buckley J.—interference with a private right and special damage peculiar to oneself—has been the subject of a variety of commentary and expression. The "private right" referred to by Buckley J. has been said to be "a right the invasion of which gives rise to an actionable wrong within the categories of private law, for example, a breach of contract or trust or the commission of a tort": S. M. Thio, *Locus Standi and Judicial Review* (1971), p. 161. It has also been observed that the exception for private rights applies not only to common law rights but to a right created by statute for the benefit of a plaintiff: I. Zamir, *The Declaratory Judgment* (1962), p. 269. The nature of the interest reflected by the words "special damage peculiar to himself" in the second exception in *Boyce* has been variously characterized in the cases. For a convenient reference to the conflicting meanings given to these words in the private action for public nuisance see T. A. Cromwell, *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada* (1986), pp. 24-27. In *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] S.C.R. 331,

[TRADUCTION] Un demandeur peut agir en justice sans se joindre au procureur général dans deux cas: premièrement, lorsque l'atteinte au droit public est aussi une atteinte à un droit privé dont il est titulaire (par ex., lorsqu'une obstruction sur la voie publique est placée de telle sorte que le propriétaire d'un immeuble donnant sur la voie publique est particulièrement affecté parce que l'obstruction porte atteinte à son droit privé d'accès à ses locaux); et, deuxièmement, lorsqu'il n'y a pas atteinte à un droit privé, mais que le demandeur, relativement à son droit public, subi un dommage spécial qui lui est propre du fait de l'atteinte au droit public.

Ce passage a été considéré comme une expression de la règle faisant autorité et a été appliqué à plusieurs occasions aux actions en jugement déclaratoire aussi bien qu'aux demandes d'injonction, plus particulièrement par la Chambre des lords dans ses arrêts *London Passenger Transport Board v. Moscrop*, [1942] A.C. 332, et *Gouriet*, précité. Comme exemple de son application au Canada à des questions relatives à un pouvoir accordé par la loi, il y a les arrêts de la Cour d'appel de l'Ontario *Cowan v. Canadian Broadcasting Corp.*, [1966] 2 O.R. 309, et *Rosenberg v. Grand River Conservation Authority* (1976), 69 D.L.R. (3d) 384. S'il est bien établi que la règle fait autorité, la nature précise des deux exceptions faites par le juge Buckley— l'atteinte à un droit privé et le dommage spécial, propre au poursuivant—a fait l'objet de commentaires et d'énoncés divers. Le «droit privé» dont parle le juge Buckley a été considéré comme [TRADUCTION] «un droit qui, lorsqu'on y porte atteinte, ouvre un recours fondé sur les catégories du droit privé, par exemple en inexécution d'une obligation contractuelle ou fiduciaire, ou fondé sur un délit civil»: S. M. Thio, *Locus Standi and Judicial Review* (1971), à la p. 161. On a aussi fait observer que l'exception des droits privés s'applique non seulement aux droits que confère la *common law*, mais aussi à un droit créé par la loi au profit du demandeur: I. Zamir, *The Declaratory Judgment* (1962), à la p. 269. La nature de l'intérêt qui se dégage des termes «dommage spécial qui lui est propre» dans la seconde exception de la décision *Boyce* a été diversement qualifiée par la jurisprudence. Sur les sens contradictoires donnés à ces termes ouvrant un recours privé pour nuisance publique, voir T. A. Cromwell, *Locus Standi: A Commentary on the Law of*

which was considered by this Court in *Thorson*, Duff J. referred to the general rule as follows at p. 337: "An individual, for example, has no status to maintain an action restraining a wrongful violation of a public right unless he is exceptionally prejudiced by the wrongful act." In *Cowan*, *supra*, in which the standing requirement laid down in *Boyce* was applied by the Ontario Court of Appeal to an action for declaratory and injunctive relief alleging that the Canadian Broadcasting Corporation had exceeded its statutory authority by operating a French language broadcasting station, Schroeder J.A. said at p. 311:

> A plaintiff, in attempting to restrain, control or confine within proper limits, the act of a public or *quasi*-public body which affects the public generally, is an outsider unless he has sustained special damage or can show that he has some "special interest, private interest, or sufficient interest". These are terms which are found in the law of nuisance but they have been introduced into cases which also involve an alleged lack of authority. Therefore, in an action where it is alleged that a public or *quasi*-public body has exceeded or abused its authority in such a manner as to affect the public, whether a nuisance be involved or not, the right of the individual to bring the action will accrue as it accrues in cases of nuisance on proof that he is more particularly affected than other people.

In *Australian Conservation Foundation*, *supra*, in which the High Court of Australia applied the rule in *Boyce* to deny public interest standing to challenge the validity of administrative procedures respecting a requirement for an environmental impact statement, Gibbs J., at p. 268, made the following observations concerning the meaning to be given to the words "special damage peculiar to himself" in *Boyce*:

> Although the general rule is clear, the formulation of the exceptions to it which Buckley J. made in *Boyce v Paddington Borough Council* is not altogether satisfactory. Indeed the words which he used are apt to be misleading. His reference to "special damage" cannot be limited to actual pecuniary loss, and the words "peculiar to himself" do not mean that the plaintiff, and no one else, must have suffered damage. However, the expres-

Standing in Canada (1986), aux pp. 24 à 27. Dans l'arrêt *Smith v. Attorney General of Ontario*, [1924] R.C.S. 331, que cette Cour examine dans son arrêt *Thorson*, le juge Duff se réfère à la règle générale comme il suit, à la p. 337: [TRADUCTION] «Ainsi, un particulier n'a pas qualité pour intenter une action à l'encontre d'une violation d'un droit public, à moins qu'il ne subisse un préjudice exceptionnel». Dans l'arrêt *Cowan*, précité, où la Cour d'appel de l'Ontario a appliqué l'exigence relative à la qualité pour agir, énoncée dans l'arrêt *Boyce*, à une action en jugement déclaratoire et injonction, alléguant que la Société Radio-Canada outrepassait son pouvoir légal en exploitant une station de radiodiffusion en langue française, le juge Schroeder dit, à la p. 311:

> [TRADUCTION] Le demandeur qui tente de limiter, de contrôler ou de confiner dans des limites appropriées l'acte d'un organisme public ou quasi public qui touche le public en général, est irrecevable à moins qu'il n'ait subi un dommage spécial ou qu'il puisse démontrer qu'il a un «intérêt spécial, un intérêt privé ou un intérêt suffisant». Ce sont là les termes qu'on retrouve dans le droit des nuisances, mais ils ont été introduits dans des décisions statuant sur une absence prétendue de pouvoir. Par conséquent, dans une action où l'on conclut qu'un organisme public ou quasi public commet un excès ou un abus de pouvoir qui porte atteinte au public, qu'une nuisance soit en cause ou non, le droit de l'individu d'intenter une action sera reconnu, comme il l'est dans les affaires de nuisance, sur preuve qu'il est lésé plus particulièrement que d'autres.

Dans l'affaire *Australian Conservation Foundation*, précitée, où la Haute Cour d'Australie a appliqué la règle de l'arrêt *Boyce* pour refuser qualité pour agir dans l'intérêt public et contester la validité de certaines procédures administratives exigeant un exposé des répercussions environnementales, le juge Gibbs fait, à la p. 268, les observations suivantes sur le sens des termes «dommage spécial qui lui est propre» de l'arrêt *Boyce*:

> [TRADUCTION] Certes la règle générale est claire, mais la formulation des exceptions qu'en donne le juge Buckley dans l'affaire *Boyce v Paddington Borough Council* n'est pas parfaitement satisfaisante. Et même, les termes qu'il a utilisés sont susceptibles d'être mal interprétés. Son allusion à un «dommage spécial» ne saurait être limitée au seul dommage réellement pécuniaire et les termes «qui lui est propre» ne signifient pas

sion "special damage peculiar to himself", in my opinion should be regarded as equivalent in meaning to "have a special interest in the subject matter of the action".

In *Borowski*, *supra*, Laskin C.J., dissenting, referred to the general rule as follows at p. 578: "Unless the legislation itself provides for a challenge to its meaning or application or validity by any citizen or taxpayer, the prevailing policy is that a challenger must show some special interest in the operation of the legislation beyond the general interest that is common to all members of the relevant society."

The precise nature of the respondent's interest in the legality of the federal cost-sharing payments is not easy to characterize in terms of the general rule. The respondent sues as a person in need within the meaning of the Plan who claims to have been prejudiced by the alleged provincial non-compliance with the conditions and undertakings to which the federal cost-sharing payments are made subject by the Plan. He alleges the prejudice caused by the deduction from his monthly social allowance payment of an amount to repay an overpayment of allowance, which he contends was caused by administrative error. Counsel for the appellants conceded that the deduction reduced the amount of the respondent's monthly social allowance payment below that required to meet the cost of basic requirements or necessities. The respondent alleges the further prejudice arising from the fact that he remains indebted for the municipal assistance which he received prior to qualifying for social allowance. Although the Plan was enacted for the benefit of persons in need it does not confer any rights on such persons; their entitlement to assistance arises under the provincial legislation. Nor can the federal cost-sharing payments be said to affect such entitlement directly. The respondent contends, however, that the continued payment of the federal contributions, despite the alleged provincial non-compliance with the conditions and undertakings imposed by the Plan, is in effect a cause of such non-compliance and the resulting prejudice to the respondent. He argues that it is the federal failure to insist on provincial compliance with the conditions and

que le demandeur, et nul autre, doit avoir subi ce dommage. L'expression «dommage spécial qui lui est propre», à mon avis, devrait être considérée comme équivalant, quant à son sens, à «avoir un intérêt particulier dans l'objet de la demande».

Dans l'arrêt *Borowski*, précité, le juge en chef Laskin, dissident, se réfère à la règle générale, à la p. 578: «À moins que la loi elle-même ne permette à un citoyen ou un contribuable de contester sa portée, son application ou sa validité, la politique dominante veut que celui qui conteste la loi établisse quant à l'application de la loi, qu'il a un intérêt particulier plus grand que l'intérêt général de chaque individu dans un groupe donné.»

La nature précise de l'intérêt de l'intimé dans la légalité des versements fédéraux au titre du partage des frais n'est pas facile à qualifier par rapport à la règle générale. L'intimé agit à titre de personne nécessiteuse aux termes du Régime, prétendant avoir subi un préjudice parce que la province n'a pas respecté les conditions et engagements auxquels les versements fédéraux en question sont assujettis par le Régime. Il conclut à un préjudice que lui causerait la déduction de sa prestation mensuelle d'aide sociale, le remboursement d'un trop-perçu qui, soutient-il, résulte d'une erreur administrative. L'avocat des appelants concède que la déduction a réduit les paiements de prestations sociales mensuelles de l'intimé en deçà de ce qui est requis pour satisfaire à son minimum vital. L'intimé allègue un autre préjudice du fait qu'il demeure débiteur de l'assistance municipale reçue avant d'être admissible à l'assistance sociale. Bien que le Régime ait été adopté pour aider les personnes nécessiteuses, il ne leur confère aucun droit; leur droit à l'assistance naît en vertu de la législation provinciale. On ne peut dire non plus que les versements fédéraux au titre du partage des frais portent atteinte directement à ce droit. L'intimé soutient cependant que le maintien des contributions fédérales, malgré le prétendu non-respect par la province des conditions et engagements imposés par le Régime, constitue en fait une cause de ce non-respect et du préjudice qu'il subit. Il fait valoir que, parce que le fédéral n'a pas insisté pour que la province respecte les conditions et engagements en question, cela permet à la province de continuer de ne pas les respecter ou

undertakings imposed by the Plan that permits or encourages such continued non-compliance by the province. What the respondent seeks by a declaration that the federal payments are illegal and an injunction to stop them is to compel the province to comply with the conditions and undertakings imposed by the Plan.

Counsel for the appellants contended that there was an insufficient "nexus" between the alleged provincial non-compliance with the conditions and undertakings imposed by the Plan and the alleged illegality of the federal payments to satisfy the general requirement for standing to bring an action for a declaration. The term "nexus" was apparently borrowed from American cases on standing to which we were referred in the course of argument. As formulated in *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968), a case of taxpayer's standing to challenge the constitutionality of federal public expenditure, the nexus requirement has a two-fold aspect of a special nature based on particular features of the American Constitution. The term "nexus" is used in a more general sense in other cases, such as *Linda R. S. v. Richard D.*, 410 U.S. 614 (1973), to refer to the causative relationship that must exist between the injury or prejudice complained of and the action attacked. The action attacked must have been a cause of the injury or prejudice complained of, and the plaintiff must have a personal stake in the outcome of the litigation—that is, stand to benefit in his personal interests from the relief sought. It is in this general sense that I understood counsel for the appellants to use the word "nexus". The American requirement of "nexus" or "directness", as it is sometimes referred to (cf. *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*, 341 U.S. 123 (1951), *per* Frankfurter J. at pp. 152-53), stems from the special constitutional requirement of case or controversy for federal jurisdiction under Article III of the Constitution, and for this reason the American cases on standing must be treated with some caution. I am of the opinion, however, that a similar requirement of directness or causal relationship between the alleged prejudice or grievance and the challenged action is implicit in the notions of interference with private right and special damage. I note that Thio, op. cit., pp. 5-6, refers to

l'encourage en ce sens. Ce que l'intimé recherche par un jugement déclaratoire portant que les versements fédéraux sont illégaux et par l'injonction pour les interrompre, c'est de forcer la province à respecter les conditions et engagements imposés par le Régime.

L'avocat des appelants soutient qu'il n'y a pas de «lien» suffisant entre le prétendu non-respect par la province des conditions et engagements imposés par le Régime et la prétendue illégalité des versements fédéraux pour satisfaire à l'exigence générale relative à la qualité pour demander un jugement déclaratoire. Le terme «lien» a apparemment été emprunté à la jurisprudence américaine sur la qualité pour agir à laquelle on nous a référés au cours du débat. Telle que formulée dans l'affaire *Flast v. Cohen*, 392 U.S. 83 (1968), une affaire concernant la qualité d'un contribuable pour contester la constitutionnalité de certaines dépenses publiques fédérales, l'exigence d'un lien comporte deux aspects, d'une nature spéciale, fondés sur les caractéristiques particulières de la Constitution américaine. Le terme «lien» est employé dans un sens plus général dans d'autres affaires, telle *Linda R. S. v. Richard D.*, 410 U.S. 614 (1973), où il renvoie au rapport causal qui doit exister entre le préjudice ou le dommage dont on se plaint et l'acte contesté. L'acte contesté doit avoir été la cause du dommage ou du préjudice dont on se plaint et le demandeur doit être personnellement intéressé dans l'issue de la cause—c'est-à-dire, être en situation de profiter personnellement du redressement demandé. C'est en ce sens général que j'entends le terme «lien» dont fait usage l'avocat des appelants. La nécessité, aux États-Unis, d'un «lien» ou [TRADUCTION] «rapport direct», comme on le qualifie parfois (cf. *Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath*, 341 U.S. 123 (1951), le juge Frankfurter, aux pp. 152 et 153), découle d'une exigence constitutionnelle particulière dans les affaires ou controverses relatives à la compétence fédérale conférée par l'article III de la Constitution, et, pour cette raison, la jurisprudence américaine sur la qualité pour agir doit être considérée avec une certaine prudence. Je suis néanmoins d'avis qu'une exigence similaire, d'un rapport direct ou causal entre le prétendu

the general requirement for standing in administrative law as being that of a "direct, personal interest". In *Australian Conservation Foundation, supra*, Gibbs J., referring to the general rule, stated the requirement of a personal stake in the outcome of the litigation as follows at p. 270:

> A person is not interested within the meaning of the rule, unless he is likely to gain some advantage, other than the satisfaction of righting a wrong, upholding a principle or winning a contest, if his action succeeds or to suffer some disadvantage, other than a sense of grievance or a debt for costs, if his action fails.

There is no doubt that the respondent has a direct, personal interest in the alleged provincial non-compliance with the conditions and undertakings imposed by the Plan. A declaration that the federal cost-sharing payments are illegal would necessarily involve a finding that the province had failed to comply with the conditions and undertakings imposed by the Plan, but this would not affect the validity of the provincial legislative provisions about which complaint is made. Cf. *Re Lofstrom and Murphy* (1971), 22 D.L.R. (3d) 120 (Sask. C.A.) See also *LeBlanc v. City of Transcona*, [1974] S.C.R. 1261, *per* Spence J. at p. 1268. It cannot be asserted for a certainty that the province would feel compelled by such a finding to change the offending legislative provisions. The effect on provincial action of a declaration that the federal payments are illegal and even an injunction to stop them is also necessarily a matter of speculation. For a somewhat analogous relationship between the prejudice suffered and the action attacked that was held to be too speculative for standing see *Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Organization*, 426 U.S. 26 (1976). Although I have experienced some difficulty on this question, I am on balance of the view that the relationship between the prejudice allegedly caused to the respondent by the provincial non-compliance with the conditions and undertakings imposed by the Plan and the alleged illegality of the federal payments is implicit in the notions of injury to a private right and special damage. I note that Thio, *op. cit.*, at pp. 5 and 6, mentions that the general requirement for standing in administrative law is that of a "direct, personal interest". In *Australian Conservation Foundation*, *supra*, Gibbs J., referring to the general rule, stated the requirement of a personal stake in the outcome of the litigation as follows at p. 270:

> [TRADUCTION] Une personne n'est pas intéressée au sens de la règle, à moins qu'elle soit susceptible de gagner quelque avantage, autre que la satisfaction de redresser une injustice, de faire triompher un principe ou d'avoir gain de cause, si son action est accueillie, ou de subir quelque désavantage, autre que celui d'entretenir un grief ou d'être débiteur des dépens, si elle est déboutée.

Il ne fait pas de doute que l'intimé a un intérêt direct et personnel dans le prétendu non-respect, par la province, des conditions et engagements imposés par le Régime. Un jugement déclaratoire portant que les versements fédéraux au titre du partage des frais sont illégaux entraînerait nécessairement la constatation que la province ne les a pas respectés, mais cela laisserait intacte la validité des dispositions législatives provinciales dont on se plaint. Cf. *Re Lofstrom and Murphy* (1971), 22 D.L.R. (3d) 120 (C.A. Sask.) Voir aussi *LeBlanc c. Ville de Transcona*, [1974] R.C.S. 1261, le juge Spence, à la p. 1268. On ne peut affirmer avec certitude que la province se sentirait en conséquence obligée de modifier les dispositions législatives irrégulières. L'effet, sur l'action provinciale, d'un jugement déclaratoire portant que les paiements fédéraux sont illégaux et même l'injonction qui ordonnerait de les interrompre sont aussi, nécessairement, affaire de conjecture. Pour un rapport assez analogue entre le préjudice subi et l'acte contesté jugé par trop hypothétique pour donner qualité pour agir, voir l'affaire *Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Organization*, 426 U.S. 26 (1976). J'ai éprouvé, il est vrai, quelques difficultés à résoudre cette question, mais, tout bien pesé, je suis d'avis néanmoins que le rapport entre le préjudice prétendument causé à l'intimé par le non-respect provincial des conditions et engagements imposés par le Régime et la prétendue

ments is too indirect, remote or speculative to be a sufficient causative relationship for standing under the general rule. The respondent must therefore in my opinion rely for standing on what is essentially a public interest in the legality of the federal cost-sharing payments, albeit that of a particular class of the public defined by the Plan as persons in need. It is accordingly necessary to consider whether the respondent should be recognized as having standing, as a matter of judicial discretion, by application of the principle or approach reflected in the decisions of this Court in *Thorson*, *McNeil* and *Borowski*.

IV

Opinion has differed as to the scope and implications of what was held by this Court in *Thorson*, *McNeil* and *Borowski*. The two questions that are particularly relevant to the issue of standing in this appeal may be summarized as follows: (a) Does the approach to public interest standing in those cases apply to a non-constitutional challenge to the statutory authority for administrative action; and (b) As a result of what was said in those cases about *MacIlreith v. Hart* (1908), 39 S.C.R. 657, in which this Court affirmed the standing of a municipal ratepayer to challenge the legality of municipal expenditure, does the principle of that case apply by analogy to a challenge to the legality of federal public expenditure?

In the Federal Court of Appeal, Thurlow C.J. appears to have relied particularly on *MacIlreith v. Hart* and generally on the approach reflected in *Thorson*, *McNeil* and *Borowski* for his conclusion that the respondent should be recognized as having standing, as a matter of judicial discretion. In one passage of his reasons, which I quote below, there is possibly a suggestion that he may have considered the respondent to have a sufficient personal interest in the legality of the federal payments for standing, but I read his reasons as a whole as basing standing in this case on what is essentially a public interest. In his analysis of the issue of reasonable cause of action, which he undertook

illégalité des versements fédéraux est trop indirect, éloigné ou conjectural pour constituer un rapport causal suffisant pour conférer qualité en vertu de la règle générale. L'intimé doit donc, à mon avis, se rabattre, pour avoir qualité, sur ce qui est essentiellement un intérêt public dans la légalité des versements fédéraux au titre du partage des frais, l'intérêt d'une catégorie particulière du public il est vrai, définie par le Régime comme étant celle des personnes nécessiteuses. Il est par conséquent nécessaire de rechercher si l'intimé devrait se voir investi de la qualité pour agir, en vertu du pouvoir discrétionnaire du tribunal, par une application du principe ou de la conception exposé dans nos arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski*.

IV

Les opinions diffèrent sur la portée et les incidences qu'auraient les arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski*. Les deux questions particulièrement pertinentes en matière de qualité pour agir en l'espèce peuvent être résumées ainsi: a) la conception de la qualité pour agir dans l'intérêt public dans ces arrêts s'applique-t-elle à une contestation non constitutionnelle d'un pouvoir administratif accordé par la loi? b) et, par suite de ce qui a été dit dans ces arrêts au sujet de l'arrêt *MacIlreith v. Hart* (1908), 39 R.C.S. 657, où cette Cour avait confirmé qu'un contribuable municipal avait qualité pour contester la légalité d'une dépense municipale, le principe dégagé dans cet arrêt s'applique-t-il par analogie à une contestation de la légalité d'une dépense publique fédérale?

En Cour d'appel fédérale, le juge en chef Thurlow paraît s'être appuyé particulièrement sur l'arrêt *MacIlreith v. Hart* et, en général, sur la conception que traduisent les arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski* pour conclure que le tribunal, exerçant son pouvoir discrétionnaire, devrait reconnaître à l'intimé qualité pour agir. Dans un passage de ses motifs, cité ci-après, il paraît laisser entendre qu'il aurait estimé que l'intimé a un intérêt personnel suffisant dans la légalité des versements fédéraux pour avoir qualité, mais j'interprète globalement ses motifs comme fondant la qualité pour agir en l'espèce sur ce qui est essentiellement un intérêt public. Dans son analyse de la question de

first and which perhaps unavoidably overlapped with his discussion of standing, he referred to the present case as one falling directly within the class of *MacIlreith v. Hart*. He was referring there to the distinction noted by Laskin C.J. in his dissenting judgment in *Borowski*, which I also quote below, between an issue of the legality of federal or provincial public expenditure arising incidentally to an issue of the constitutionality of legislation and such an issue arising "*per se*". After saying at p. 525 that *MacIlreith v. Hart* varied from the present case "only in that it is a federal expenditure which is alleged to be illegal and in that the appellant does not assert standing as a taxpayer", Thurlow C.J. made the following statements at p. 526, which although made with reference to the issue of reasonable cause of action, suggest, I think, the nature of the interest which he considered sufficient for standing in this case: "Once it is accepted for the purposes of this appeal that the allegations of the statement of claim are true, and it is not inconceivable that they may be true, one may at once wonder how the citizenry can put a stop to such illegal action otherwise than by the declaration of a court of competent jurisdiction"; and "What is at stake is the right of the citizens of Canada to have the Consolidated Revenue Fund of Canada applied in accordance with the law." Referring explicitly to the issue of standing in the light of the judgments of this Court in *Thorson*, *McNeil* and *Borowski*, Thurlow C.J. expressed his conclusion in the following passages of his reasons for judgment at pp. 527-28

> In such circumstances one may wonder why the law should prevent a person who is one of the class of intended beneficiaries of the *Canada Assistance Plan* and who alleges that he is not getting the standard of assistance it intends because Manitoba does not provide it, from bringing an action to have the issue of the legality of payments to Manitoba under the Act resolved. In seeking to maintain this action he is by no means a mere busybody and it seems to me that his interest in having the matter determined is at least as strong as that of the respondent in the *Borowski* case.
>
> . . .

la cause d'action raisonnable, à laquelle il procède en premier lieu et qui, peut-être inévitablement, chevauche son analyse de la qualité pour agir, il considère l'espèce comme une espèce relevant directement de la catégorie de l'affaire *MacIlreith v. Hart*. Il se réfère à cet égard à la distinction faite par le juge en chef Laskin, dans son opinion dissidente dans l'affaire *Borowski*, aussi citée ci-après, entre un litige sur la légalité d'une dépense publique fédérale ou provinciale qui se pose accessoirement à une contestation de la constitutionnalité d'une loi et un tel litige existant «en soi». Après avoir dit, à la p. 525, que l'affaire *MacIreith v. Hart* s'apparentait à l'espèce, «les seules différences étant que c'est une dépense fédérale qui est censée être illégale et que l'appelant ne prétend pas fonder sa qualité pour agir sur son statut de contribuable», le juge en chef Thurlow fait, à la p. 526, les déclarations suivantes qui, quoique se rapportant à la question de cause d'action raisonnable, donnent, je pense, une indication de la nature de l'intérêt qu'il juge suffisant pour avoir qualité pour agir en l'espèce: «Étant admis pour les fins du présent appel que les allégations de la déclaration sont véridiques, et il n'est pas inconcevable qu'elles puissent l'être, on peut immédiatement se demander comment la population peut mettre un frein à cette illégalité autrement que par le biais d'un jugement déclaratoire d'une cour qui a juridiction en la matière»; et «Ce qui est en jeu est le droit des citoyens canadiens d'exiger que le Fonds du revenu consolidé du Canada soit utilisé en conformité avec la loi.» Se référant expressément à la qualité pour agir, dans l'optique des arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski*, le juge en chef Thurlow conclut, dans les passages suivants des motifs de son arrêt, aux pp. 527 et 528 respectivement:

> Dans ces circonstances, on peut se demander pourquoi la loi empêcherait une personne qui fait partie de la catégorie des bénéficiaires du *Régime d'assistance publique du Canada* et qui allègue qu'elle n'obtient pas l'aide qui y est prévue parce que le Manitoba ne la lui fournit pas, d'intenter une action pour faire statuer sur la question de la légalité des paiements faits au Manitoba en vertu de la Loi. En tentant de poursuivre son action, l'appelant n'est d'aucune façon un simple trouble-fête et il me semble qu'il a le droit de faire trancher la question tout autant que l'intimé dans l'affaire *Borowski*.
>
> . . .

The issue here is not like any of these. It is not so striking as any of them. Even so, it seems to me to be one of sufficient importance that in the interest of the appellant, of the class of persons intended to have the benefit of the Plan and of the public in general the appellant should be allowed to raise it.

Heald J., dissenting, was of the view that the respondent did not have a sufficient personal interest in the legality of the federal cost-sharing payments and that he did not fall within the public interest exception recognized by *Thorson*, *McNeil* and *Borowski* because, in his view, the principle affirmed in those cases applied to an issue of legislative validity and not to a non-constitutional issue of administrative validity, as in the present case. As he put it at pp. 534-35: "As I perceive the test above enunciated in the *Thorson*, *McNeil* and *Borowski* cases, *supra*, status is to be accorded only in actions where a declaration of invalidity is sought in respect of certain legislation. The case at bar is not such a case. The declaration herein sought, as stated *supra*, relates to the validity of administrative action . . . ."

In *Borowski*, Martland J., delivering the judgment of the majority, summed up what *Thorson* and *McNeil* stood for as follows at p. 598:

> I interpret these cases as deciding that to establish status as a plaintiff in a suit seeking a declaration that legislation is invalid, if there is a serious issue as to its invalidity, a person need only to show that he is affected by it directly or that he has a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation and that there is no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before the Court.

I take that to be an indication that the Court was not purporting in *Thorson*, *McNeil* and *Borowski* to lay down a rule or principle respecting public interest standing that extended beyond a challenge to the constitutionality of legislation. In *Thorson* and *McNeil* the challenge was to the constitutionality of federal and provincial legislation respectively. In *Borowski*, the substantive question raised by the action for a declaration was whether the abortion provisions of the *Criminal*

La présente question ne ressemble à aucun de ces cas. Elle n'est pas aussi frappante. Il me semble néanmoins qu'elle est suffisamment importante et que, dans l'intérêt de l'appelant et de la catégorie des personnes qui sont censées bénéficier du Régime et dans celui du public en général, l'appelant devrait être autorisé à soulever cette question.

Le juge Heald, dissident, était d'avis que l'intimé n'a pas d'intérêt personnel suffisant dans la légalité des versements fédéraux au titre du partage des frais et qu'il ne saurait profiter de l'exception d'intérêt public reconnue par les arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski* parce que, à son avis, le principe qu'affirment ces arrêts s'applique quand il s'agit de la validité d'une loi et non quand il s'agit de la question non constitutionnelle de la légalité administrative, comme en l'espèce. Comme il le dit, aux pp. 534 et 535: «Si je comprends bien ce critère, énoncé dans les affaires *Thorson*, *McNeil* et *Borowski*, précitées, la qualité pour agir ne doit être reconnue que dans les actions visant à faire déclarer une loi nulle. Il n'en est pas ainsi du présent cas. Le jugement déclaratoire demandé en l'espèce, comme il a déjà été dit, porte sur la validité d'un acte administratif . . .»

Dans l'arrêt *Borowski*, le juge Martland, au nom de la majorité, résume la règle qu'énoncent les arrêts *Thorson* et *McNeil*, à la p. 598:

> Selon mon interprétation, ces arrêts décident que pour établir l'intérêt pour agir à titre de demandeur dans une poursuite visant à déclarer qu'une loi est invalide, si cette question se pose sérieusement, il suffit qu'une personne démontre qu'elle est directement touchée ou qu'elle a, à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi, et qu'il n'y a pas d'autre manière raisonnable et efficace de soumettre la question à la cour.

J'y vois une indication que, dans les arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski*, la Cour ne cherchait pas à énoncer une règle ou un principe sur la qualité pour agir dans l'intérêt public applicable à des cas autres que ceux soulevant la constitutionnalité d'une loi. Dans les affaires *Thorson* et *McNeil*, on contestait la constitutionnalité d'une loi fédérale et d'une loi provinciale respectivement. Dans l'affaire *Borowski*, la question de fond soulevée dans l'action en jugement déclaratoire était de

Code were rendered inoperative by conflict with the *Canadian Bill of Rights*. The majority and the minority were in agreement that no distinction should be drawn, for purposes of the issue of standing, "between a declaratory action to obtain a decision on validity under the *British North America Act* and a declaratory action to obtain a decision on operative effect in the face of the *Canadian Bill of Rights*". I take that to mean that a question of operative effect under the *Canadian Bill of Rights* was assimilated for purposes of public interest standing to a question of constitutionality in the strict sense. As Laskin C.J. observed in *Borowski*, the issue of the legality of public expenditure raised by the pleadings in those cases turned on the issue of the constitutionality or operative effect of the legislation.

That the Court in *Thorson*, *McNeil* and *Borowski* was not concerned to formulate a rule of public interest standing that would have application beyond the sphere of constitutionality is further indicated, I think, by the repeated insistence in *Thorson* on the importance in a federal state that there be some access to the courts to challenge the constitutionality of legislation. That, as I read the judgment of Laskin J. (as he then was), was the dominant consideration of policy in *Thorson*. It is reflected in several passages in his judgment which I shall not quote at length. It is sufficient to refer to his statements at p. 145 that a "telling consideration" for him was "whether a question of constitutionality should be immunized from judicial review by denying standing to anyone to challenge the impugned statute" and that "it would be strange and, indeed alarming, if there was no way in which a question of alleged excess of legislative power, a matter traditionally within the scope of the judicial process, could be made the subject of adjudication". To similar effect he said at p. 161: "On the other hand, where all members of the public are affected alike, as in the present case, and there is a justiciable issue respecting the validity of legislation, the Court must be able to say that as between allowing a taxpayer's action and

savoir si les dispositions du *Code criminel* concernant l'avortement étaient rendues inopérantes à cause de leur incompatibilité avec la *Déclaration canadienne des droits*. Les juges de la majorité, comme ceux de la minorité, ont tous reconnu qu'aucune distinction ne devait être faite, aux fins de la qualité pour agir, «entre une action déclaratoire visant à obtenir une décision constitutionnelle en vertu de l'*Acte de l'Amérique du Nord britannique* et une action déclaratoire visant à obtenir une décision quant à l'applicabilité en regard de la *Déclaration canadienne des droits*». J'estime que cela signifie qu'une question d'applicabilité en vertu de la *Déclaration canadienne des droits* a été assimilée, aux fins de la qualité pour agir dans l'intérêt public, à une question de constitutionnalité au sens strict. Comme le juge en chef Laskin le fait observer dans l'arrêt *Borowski*, la question de la légalité d'une dépense publique soulevée par les plaidoiries dans ces affaires dépendait de la constitutionnalité ou de l'applicabilité de la loi.

Que la Cour, dans les affaires *Thorson*, *McNeil* et *Borowski*, n'envisageait pas de dégager une règle sur la qualité pour agir dans l'intérêt public destinée à s'appliquer en-dehors de la sphère constitutionnelle ressort en outre, je pense, par l'insistance répétée dans l'arrêt *Thorson* sur l'importance dans un État fédéral de pouvoir s'adresser aux tribunaux pour contester la constitutionnalité d'une loi. C'était là, selon mon interprétation du jugement du juge Laskin (plus tard Juge en chef), la considération dominante du principe dans l'arrêt *Thorson*. Elle se dégage de plusieurs passages de son jugement, qu'il est inutile que je reproduise intégralement. Il suffit de rappeler qu'il dit, à la p. 145, qu'une «considération plus importante», quant à lui, était «de savoir si une question de constitutionnalité devrait être mise à l'abri d'un examen judiciaire en niant qualité pour agir à quiconque tente d'attaquer la loi contestée» et qu'«il serait étrange et même alarmant qu'il n'y ait aucun moyen par lequel une question d'abus de pouvoir législatif, matière traditionnellement de la compétence des cours de justice, puisse être soumise à une décision de justice». Dans le même sens, il dit, aux pp. 161 et 162: «D'autre part, lorsque tous ceux qui font partie du public sont visés également, comme dans la présente affaire, et qu'une question

denying any standing at all when the Attorney General refuses to act, it may choose to hear the case on the merits." The same consideration of policy is further reflected in his statement at p. 150 that the discretionary control of the Attorney General over public interest standing is not a principle appropriate for application in a federal state to a challenge to the constitutionality of legislation; in the doubt expressed by him at p. 146 as to whether, in view of the Attorney General's responsibility to defend the government's legislation, it is even appropriate that a request for the intervention of the Attorney General should be regarded as a condition precedent to the recognition of public interest standing to challenge the constitutionality of legislation; and in his reference at pp. 151-52 to the well-established principle that neither Parliament nor a provincial legislature can bar access to the courts to challenge the constitutionality of legislation by requiring the prior consent of some official or by imposing some other condition precedent.

At the same time Laskin J. drew support in *Thorson* for his conclusion that the Court must have a discretion to recognize public interest standing to bring an action for a declaration to challenge the constitutionality of legislation, where there is no other way in which the issue could be brought before a court, from what he appears to have regarded as the essential significance of *MacIlreith v. Hart*. The feature of that case to which he appears to have attached particular importance was not the view expressed by the judges in that case that a municipal ratepayer fell within the special damage exception in *Boyce* because an illegal expenditure could affect the amount of taxes that he would be liable to pay, but the implication that where the corporation refused to act, as in that case, there must be some way in which an *ultra vires* municipal expenditure could be challenged in the courts. This is reflected in the following statement at p. 157: "It is quite clear

réglable par les voies de justice est posée relativement à la validité d'une loi, la Cour doit être capable de dire que, entre le parti d'accueillir une action de contribuables et celui de nier toute qualité lorsque le procureur général refuse d'agir, elle peut choisir d'entendre l'affaire au fond.» La même considération de principe se dégage aussi d'une part de sa déclaration à la p. 150, que le contrôle discrétionnaire du procureur général sur la qualité pour agir dans l'intérêt public n'est pas un principe dont l'application est appropriée dans un État fédéral quand c'est la constitutionnalité d'une loi qui est contestée; d'autre part, du doute qu'il exprime, à la p. 146 en se demandant, compte tenu de la responsabilité qu'a le procureur général de défendre les lois de son gouvernement, s'il est même approprié qu'une demande d'intervention du procureur général soit considérée comme une condition nécessaire pour que soit reconnue qualité pour agir dans l'intérêt public en matière de contestation de la constitutionnalité d'une loi; et enfin de son renvoi, aux pp. 151 et 152, au principe bien établi que ni le Parlement ni un corps législatif provincial ne peuvent interdire l'accès des justiciables aux tribunaux pour contester la constitutionnalité d'une loi en exigeant d'abord l'agrément de quelque officiel ou en imposant d'autres conditions préalables.

Par la même occasion, le juge Laskin prend appui sur l'arrêt *Thorson* pour conclure que la Cour doit jouir du pouvoir discrétionnaire de reconnaître qualité pour agir dans l'intérêt public en jugement déclaratoire d'inconstitutionnalité d'une loi, lorsqu'il n'y a pas d'autres moyens de saisir la Cour du litige, dans ce qu'il semble avoir considéré comme la signification essentielle de l'arrêt *MacIlreith v. Hart*. Le trait particulier de cet arrêt, auquel il paraît avoir attaché une importance particulière, n'est pas l'opinion des juges qu'un contribuable municipal peut se prévaloir de l'exception du dommage spécial énoncée dans l'arrêt *Boyce*, parce qu'une dépense illégale pourrait influer sur le montant des taxes qu'il peut avoir à payer, mais la conclusion implicite que, lorsqu'une municipalité refuse d'agir, comme c'était alors le cas, il doit y avoir un moyen quelconque de contester devant les tribunaux une dépense excédant le pouvoir municipal. C'est ce qui ressort du com-

that obeisance to the special damage requirement was purely formal, and that at least equally important was the fact that *ultra vires* expenditures were involved which the municipal council was unwilling to reclaim". It is further reflected in the statement on p. 158, where, after observing that if the Attorney General refused to act in such a case and a ratepayer was not recognized as having standing that would end the matter, he said: "I am unable to appreciate how an argument of principle can be made that such a wrong, an illegality which is certainly justiciable, should go uncorrected at law, whatever may eventuate as political redress." To similar effect, in distinguishing *Smith* and *MacIlreith v. Hart*, he said at p. 158 that "in *MacIlreith v. Hart*, there was a public right involved which had no punitive aspects for any particular ratepayer or class of ratepayers, and it would beget wonder that, in such a case, there should be no judicial means of recovering or controlling an illegal expenditure of public money".

mentaire suivant, à la p. 157: «Il est tout à fait clair que s'incliner devant l'exigence de dommages spéciaux était soumission de pure forme, et que le fait que des dépenses *ultra vires* étaient en jeu, dépenses que le conseil municipal ne voulait pas récupérer, était à tout le moins aussi important». Cela ressort aussi de son commentaire de la p. 158, où, après avoir rappelé que si le procureur général refuse d'agir en pareil cas et qu'un contribuable ne se voie pas reconnaître qualité pour agir, il n'y aurait aucune autre voie de recours possible, il dit: «Je ne puis voir comment on peut prétendre au niveau des principes que semblable délit, un acte illégal certainement réglable par les voies de justice, ne doit pas faire l'objet de poursuites, peu importe le redressement politique qui peut s'ensuivre.» Dans le même sens, distinguant l'espèce dont il est saisi des arrêts *Smith* et *MacIlreith v. Hart*, il dit, à la p. 158: «l'affaire *MacIlreith v. Hart* mettait en jeu un droit public, qui n'était pas assorti de sanctions contre des contribuables ou catégories de contribuables, et il aurait été étonnant que, dans pareil cas, il n'y eût aucun moyen judiciaire de contrôler une dépense illégale de deniers publics ou recouvrer l'argent.»

In certain passages of his reasons Laskin J. did suggest the possibility that the special interest of the municipal ratepayer recognized in *MacIlreith v. Hart* should be applied by analogy to the interest of a taxpayer to challenge the legality of federal or provincial public expenditure, but I do not read his judgment as finally being made to rest on that view. The emphasis in *Thorson* was on the public interest in constitutionality rather than on the particular interest of a taxpayer, as indicated in the following statement of Laskin J. in the conclusion of his judgment on p. 163: "It is not the alleged waste of public funds alone that will support standing but rather the right of the citizenry to constitutional behaviour by Parliament where the issue in such behaviour is justiciable as a legal question." While *Thorson* is referred to as a taxpayer's suit, what was really recognized was citizen's standing in certain circumstances to challenge the constitutionality of legislation. This was acknowledged by Martland J. in the passage which I have quoted above from *Borowski*, where he said that it is sufficient for a plaintiff to show, among

Dans certains passages de ses motifs, le juge Laskin laisse, il est vrai, entendre qu'il est possible que l'intérêt spécial du contribuable municipal, reconnu dans l'arrêt *MacIlreith v. Hart*, doive être appliqué par analogie à l'intérêt que pourrait avoir un contribuable à contester la légalité d'une dépense publique fédérale ou provinciale, mais je n'interprète pas son arrêt comme un prononcé définitif à cet égard. Ce qui est souligné dans l'arrêt *Thorson*, c'est l'intérêt public dans la constitutionnalité des lois plutôt que l'intérêt particulier du contribuable, comme le montre le passage suivant de la conclusion du juge Laskin, à la p. 163: «Ce n'est pas le seul gaspillage allégué de deniers publics qui étayera la qualité pour agir mais plutôt le droit des citoyens au respect de la constitution par le Parlement, quand la question que soulève la conduite du Parlement est réglable par les voies de justice en tant que question de droit.» Bien que l'affaire *Thorson* soit identifiée à une poursuite intentée par un contribuable, ce qui a vraiment été reconnu, c'est la qualité du simple citoyen pour agir dans certaines circonstances pour

other things, that he has "a genuine interest as a citizen in the validity of the legislation". The particular significance which Laskin J. attached to the exception to the general rule represented by *MacIlreith v. Hart*, which he regarded as a different exception from that of *Thorson*, was further indicated in his dissenting opinion in *Borowski*, where as Chief Justice he said at pp. 579-80:

> There are exceptions to the general rule and to the policy. One of the earliest recognized has been a municipal taxpayer action to restrain an allegedly illegal municipal expenditure: see *MacIlreith v. Hart*. An explanation of this exception is that it involved a public right to see that municipal expenditures were lawfully made, being expenditures which were limited by considerations that do not apply to a province or to Canada. No municipal taxpayer could raise a *lis* in the ordinary sense or court a penalty or other sanction in respect of an allegedly illegal municipal expenditure and, hence, unless a taxpayer action was permitted the illegality would go unchallenged and unchallengeable.
>
> In the provincial and federal field, the issue of an illegal, or perhaps unconstitutional, expenditure would not likely arise *per se* but, in the main, only (as is alleged in this case) in connection with the operation of challenged legislation; the challenge to the expenditure would thus depend on the outcome of the challenge to the legislation.
>
> Another exception (but a more limited one in view of the discretion associated with it) is shown in the judgment of this Court in *Thorson v. Attorney General of Canada* . . . .

The foregoing indicates, in my view, that the judgments of this Court in *Thorson*, *McNeil* and *Borowski* cannot be regarded as providing clear and direct authority for the recognition of public interest standing, as a matter of judicial discretion, to bring a non-constitutional challenge by an action for a declaration to the statutory authority for public expenditure or other administrative action. It is fair to say, however, that they do not clearly exclude such recognition. The issue, then,

contester la constitutionnalité d'une loi. C'est ce qu'a reconnu le juge Martland dans un passage, déjà cité, de l'arrêt *Borowski*, où il dit qu'il suffit que le demandeur démontre, entre autres choses, qu'il a «à titre de citoyen, un intérêt véritable quant à la validité de la loi». La signification particulière que le juge Laskin attache à cette exception à la règle générale, représentée par l'arrêt *MacIlreith v. Hart*, qu'il considérait comme une exception différente de celle de l'arrêt *Thorson*, ressort en outre de son opinion dissidente, dans l'affaire *Borowski*, où, devenu Juge en chef, il dit, aux pp. 579 et 580:

> La règle générale et le principe général comportent des exceptions. Une des premières exceptions reconnues a été l'action d'un contribuable municipal visant à empêcher une dépense municipale qu'il prétendait illégale: voir *MacIlreith c. Hart*. Cette exception s'explique du fait qu'elle portait sur un droit du public à s'assurer que les dépenses municipales étaient légitimes, ces dépenses étant restreintes par des considérations qui ne s'appliquent pas à une province ou au Canada. Aucun contribuable municipal ne pouvait soulever un litige au sens ordinaire ou demander l'imposition d'une amende ou d'une autre peine à l'égard d'une dépense municipale prétendue illégale, et partant, à moins qu'on ne permette que l'action d'un contribuable suive son cours, l'illégalité n'aurait pas été contestée ni contestable.
>
> Dans le domaine provincial et fédéral, la question d'une dépense illégale, ou peut-être inconstitutionnelle, ne devrait pas se poser en soi, mais, en somme, uniquement (comme on le dit en l'espèce) comme accessoire à l'application d'une loi contestée; la contestation de la dépense dépendrait alors du résultat de la contestation de la loi.
>
> Une autre exception (mais plus limitée compte tenu de la discrétion qui s'y rattache) ressort de l'arrêt de cette Cour *Thorson c. Procureur général du Canada*.

Ce qui précède indique, à mon avis, que nos arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski* ne sauraient être considérés comme accordant une autorisation claire et directe de reconnaître, en tant qu'exercice du pouvoir discrétionnaire du tribunal, la qualité pour intenter dans l'intérêt public une action en jugement déclaratoire, sans contestation de constitutionnalité, à l'égard du pouvoir que confère la loi de faire des dépenses publiques ou quelque autre action administrative. Cependant il faut dire en

as I see it, is whether the principle reflected in *Thorson*, *McNeil* and *Borowski* should be extended by this Court to such cases. This question raises again the policy considerations underlying judicial attitudes to public interest standing, and in particular, whether the same value is to be assigned to the public interest in the maintenance of respect for the limits of administrative authority as was assigned by this Court in *Thorson*, *McNeil* and *Borowski* to the public interest in the maintenance of respect for the limits of legislative authority.

toute justice qu'ils n'excluent pas clairement une telle autorisation. La question donc, comme je la conçois, est de savoir si la Cour devrait étendre à de tels cas le principe qui se dégage des arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski*. Cette question à son tour soulève des considérations de principe, sous-jacentes aux attitudes des juges envers la qualité pour agir dans l'intérêt public et, en particulier, si la même valeur doit être attribuée à l'intérêt public dans le maintien du respect des limites de l'autorité administrative que celle que cette Cour a attribuée, dans les arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski*, à l'intérêt public dans le maintien et le respect des limites de l'autorité législative.

In my view an affirmative answer should be given to this question. The recognized standing of the Attorney General to assert a purely public interest in the limits of statutory authority by an action of his own motion or on the relation of another person is a recognition of the public interest in the maintenance of respect for such limits. For the reasons indicated in *Thorson*, I do not think that his refusal to act in such a case should bar a court from the recognition, as a matter of discretion in accordance with the criteria affirmed in *Borowski*, of public interest standing in a private individual to institute proceedings. The traditional judicial concerns about the expansion of public interest standing may be summarized as follows: the concern about the allocation of scarce judicial resources and the need to screen out the mere busybody; the concern that in the determination of issues the courts should have the benefit of the contending points of view of those most directly affected by them; and the concern about the proper role of the courts and their constitutional relationship to the other branches of government. These concerns are addressed by the criteria for the exercise of the judicial discretion to recognize public interest standing to bring an action for a declaration that were laid down in *Thorson*, *McNeil* and *Borowski*. I shall deal with each of them in relation to the question of the respondent's standing in the present case.

À mon avis, il faut répondre à cette question par l'affirmative. La qualité pour agir reconnue au procureur général pour faire valoir un intérêt purement public dans les limites de son pouvoir légal, par une action de son propre chef ou à l'instigation d'un autre justiciable, constitue une reconnaissance de l'intérêt public à assurer le respect de ces limites. Pour les raisons données dans l'arrêt *Thorson*, je ne pense pas que son refus d'agir dans un tel cas doive interdire au tribunal de reconnaître, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire en conformité avec les critères énoncés dans l'arrêt *Borowski*, qualité à un particulier pour engager dans l'intérêt public une telle procédure. Les préoccupations traditionnelles des juges de ne pas élargir la qualité pour agir dans l'intérêt public peuvent être résumées ainsi: la crainte d'une dissipation de ressources judiciaires limitées et la nécessité d'écarter les trouble-fête; la préoccupation des tribunaux, quand ils statuent sur des points litigieux, d'entendre les principaux intéressés faire valoir contradictoirement leurs points de vues et la préoccupation relative au rôle propre des tribunaux et à leur relation constitutionnelle avec les autres branches du gouvernement. Ces préoccupations trouvent leur réponse dans les critères d'exercice du pouvoir discrétionnaire des juges de reconnaître qualité pour demander dans l'intérêt public un jugement déclaratoire, que les arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski* exposent. Je vais traiter de chacun d'eux par rapport à la question de la qualité de l'intimé pour agir en l'espèce.

The concern about the proper role of the courts and their constitutional relationship to the other branches of government is addressed by the requirement of justiciability, which Laskin J. held in *Thorson* to be central to the exercise of the judicial discretion whether or not to recognize public interest standing. Of course, justiciability is always a matter of concern for the courts, but the implication of what was said by Laskin J. in *Thorson* is that it is a matter of particular concern in the recognition of public interest standing. As I indicated earlier in these reasons, counsel for the appellants raised the issue of justiciability with reference to judicial review of a question of provincial compliance with the conditions of federal cost-sharing. The requirement of justiciability was considered by this Court in *Operation Dismantle Inc. v. The Queen*, [1985] 1 S.C.R. 441, where reference was made to both the institutional and constitutional aspects of justiciability. The question of justiciability in that case was considered in the context of a challenge, based on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to the constitutionality of a decision of the executive government of Canada in the realms of foreign policy and national defence. As I read the reasons of Wilson J., with whom Dickson J. (now C.J.) concurred on the question of justiciability, they affirm that where there is an issue which is appropriate for judicial determination the courts should not decline to determine it on the ground that because of its policy context or implications it is better left for review and determination by the legislative or executive branches of government. That was, of course, said in the context of the judicial duty to rule on issues of constitutionality under the *Charter*, but I take it to be equally applicable to a non-constitutional issue of the limits of statutory authority. There will no doubt be cases in which the question of provincial compliance with the conditions of federal cost-sharing will raise issues that are not appropriate for judicial determination, but the particular issues of provincial non-compliance raised by the respondent's statement of claim are questions of law and as such clearly justiciable. The same is, of course, true of the issue of statutory authority under s. 7 of the Plan. I am, therefore, of the opinion that the recognition of public

La préoccupation relative au rôle propre des tribunaux et à leur relation constitutionnelle avec les autres branches du gouvernement se voit satisfaite par l'exigence de la justiciabilité, que le juge Laskin a, dans l'arrêt *Thorson*, dit être primordiale pour l'exercice du pouvoir discrétionnaire judiciaire de reconnaître ou non qualité pour agir dans l'intérêt public. Naturellement, la possibilité de recours aux voies de justice est la préoccupation constante des tribunaux, mais ce qu'impliquent les dires du juge Laskin dans l'arrêt *Thorson*, c'est que cette préoccupation se fait particulièrement sentir quand il s'agit de reconnaître la qualité pour agir dans l'intérêt public. Comme je l'ai déjà indiqué dans les présents motifs, l'avocat des appelants a excipé de la justiciabilité pour ce qui touche l'examen judiciaire du respect provincial des conditions du partage des frais par le fédéral. Cette Cour a statué sur la justiciabilité dans son arrêt *Operation Dismantle Inc. c. La Reine*, [1985] 1 R.C.S. 441, où l'on s'est référé tant aux aspects institutionnels que constitutionnels de la justiciabilité. Dans cette affaire, la justiciabilité a été examinée dans le cadre d'une contestation, fondée sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, de la constitutionnalité d'une décision de l'exécutif du gouvernement du Canada relevant des domaines de la politique étrangère et de la défense nationale. Suivant mon interprétation, les motifs du juge Wilson, auxquels le juge Dickson (maintenant Juge en chef) a souscrit sur la question de la justiciabilité, affirment que lorsqu'est en cause un litige que les tribunaux peuvent trancher, ceux-ci ne devraient pas refuser de statuer au motif qu'à cause de ses incidences ou de son contexte politiques, il vaudrait mieux en laisser l'examen et le règlement au législatif ou à l'exécutif. Cela, bien entendu, fut dit dans le contexte de l'obligation judiciaire de statuer en matière constitutionnelle en vertu de la *Charte*, mais j'estime que cela s'applique également à un litige non constitutionnel portant sur les limites d'un pouvoir conféré par la loi. Il y aura indubitablement des cas où la question du respect provincial des conditions d'un partage des frais avec le fédéral soulèvera des points qui ne relèvent pas de la compétence des tribunaux, mais les points litigieux particuliers concernant l'inexécution provinciale que soulève la

interest standing in this case should not be refused on the ground of justiciability.

The judicial concern about the allocation of scarce judicial resources and the need to screen out the mere busybody is addressed by the requirements affirmed in *Borowski* that there be a serious issue raised and that a citizen have a genuine interest in the issue. I think the respondent meets both of these requirements. The issues of law raised with respect to the alleged provincial non-compliance with the conditions and undertakings to which the federal cost-sharing payments are made subject by the Plan and with respect to the statutory authority for such payments are in my opinion far from frivolous. They merit the consideration of a court. The status of the respondent as a person in need within the contemplation of the Plan who complains of having been prejudiced by the alleged provincial non-compliance shows that he is a person with a genuine interest in these issues and not a mere busybody.

The judicial concern that in the determination of an issue a court should have the benefit of the contending views of the persons most directly affected by the issue—a consideration that was particularly emphasized by Laskin C.J. in *Borowski*—is addressed by the requirement affirmed in *Borowski* that there be no other reasonable and effective manner in which the issue may be brought before a court. In *Thorson*, *McNeil* and *Borowski* that requirement was held to be satisfied by the nature of the legislation challenged and the fact that the Attorney General had refused to institute proceedings although requested to do so. In *Borowski*, the majority and the minority differed essentially, as I read their reasons, on the question whether there was anyone with a more direct interest than the plaintiff who would be likely to challenge the legislation. Here it is quite clear from the nature of the legislation in issue that there could be no one with a more direct

déclaration de l'intimé sont des points de droit dont les tribunaux peuvent manifestement être saisis. Bien entendu, cela est vrai aussi du litige sur le pouvoir que confère l'art. 7 du Régime. Je suis donc d'avis que la reconnaissance de la qualité pour agir dans l'intérêt public en l'espèce ne devrait pas être refusée pour le motif de sa justiciabilité.

La crainte d'une dissipation de ressources judiciaires limitées et la nécessité d'écarter les trouble-fête trouvent leur réponse dans les exigences imposées par l'arrêt *Borowski*, qu'il y ait un vrai litige et qu'un citoyen ait un intérêt véritable dans ce litige. Je pense que l'intimé satisfait à ces deux exigences. Les points de droit soulevés à l'égard du prétendu non-respect provincial des conditions et engagements auxquels les versements fédéraux au titre du partage des frais sont assujettis par le Régime et à l'égard du pouvoir conféré par la loi de procéder à ces versements sont, à mon avis, loin d'être futiles. Ils méritent qu'un tribunal les examinent. Le statut de personne nécessiteuse de l'intimé, aux termes du Régime, quand il se plaint de subir un préjudice à cause de ce prétendu non-respect provincial, démontre qu'il est une personne ayant un intérêt véritable dans ces points litigieux et non un simple trouble-fête.

La préoccupation d'un tribunal, lorsqu'il statue sur un point litigieux, d'entendre les principaux intéressés faire valoir contradictoirement leurs points de vue—un facteur particulièrement souligné par le juge en chef Laskin dans l'arrêt *Borowski*—trouve sa réponse dans l'exigence, confirmée dans cet arrêt, qu'il n'y ait pas d'autre moyen raisonnable et efficace de saisir un tribunal de la question. Dans les arrêts *Thorson*, *McNeil* et *Borowski*, il a été jugé que cette exigence se trouvait satisfaite du fait de la nature de la loi contestée et du fait aussi que le procureur général avait refusé d'intenter un recours malgré que demande en ait été faite. Dans l'arrêt *Borowski*, les juges de la majorité et de la minorité n'ont différé d'opinions, essentiellement, selon mon interprétation de leurs motifs, que sur la question de savoir s'il pouvait exister quelqu'un d'autre, qui ait un intérêt plus direct que le demandeur, vraisemblablement à même de contester la loi. En

interest than the plaintiff in a position to challenge the statutory authority to make the federal cost-sharing payments. In so far as a prior request to the Attorney General to intervene might be considered to be necessary in certain cases to show that there is no other way in which the issue may be brought before a court, I do not think it should be regarded as necessary in a case such as this one, where it is clear from the position adopted by the Attorney General in the case that he would not have consented to the institution of proceedings. I am accordingly of the view that the respondent meets the requirement that there should be no other reasonable and effective manner in which the issue of statutory authority raised by the respondent's statement of claim may be brought before a court.

For all of these reasons I am of the opinion that the respondent should be recognized as having standing to bring his action for a declaration to challenge the legality of the federal cost-sharing payments under s. 7 of the Plan.

As I indicated above, the Federal Court of Appeal did not, at least explicitly, address the question of standing to seek the injunctive relief prayed for by the respondent, as distinct from standing to seek the declaratory relief. The Court dismissed the appeals from the orders in the Trial Division refusing an injunction by way of originating notice of motion and an interim injunction in the action on the ground, as I read the reasons of Thurlow C.J., of lack of urgency and not lack of standing. In his reasons for judgment Thurlow C.J. referred throughout to standing to seek a declaration. After giving his reasons for dismissing the appeals from the orders refusing an injunction, he said at p. 522: "That leaves for consideration the questions whether the appellant has standing to bring the action and whether the statement of claim disclosed a reasonable cause of action for declaratory relief." In this Court counsel for the appellants did not contend that there was a significant distinction to be drawn, for purposes of the issue in the appeal, between standing for a declara-

l'espèce présente, il ressort clairement de la nature de la loi en cause qu'il ne peut y avoir personne d'autre qui ait un intérêt plus direct que le demandeur pour contester le pouvoir légal de faire les versements fédéraux au titre du partage des frais. Dans la mesure où une requête préalable au procureur général pour qu'il intervienne pourrait être jugée nécessaire dans certains cas pour montrer qu'il n'y a pas d'autres moyens de saisir un tribunal du litige, je ne pense pas que cela doive être considéré comme nécessaire dans une espèce comme celle-ci, quand il est clair, vu la position adoptée par le procureur général, qu'il n'aurait pas consenti à introduire une instance. Je suis, par conséquent, d'avis que l'intimé satisfait à l'exigence qu'il n'y ait pas d'autres moyens raisonnables et efficaces de saisir un tribunal de la question du pouvoir légal que soulève l'intimé dans sa déclaration.

Pour tous ces motifs, je suis d'avis de reconnaître à l'intimé qualité pour intenter son action en jugement déclaratoire, portant contestation de la légalité des versements fédéraux au titre du partage des frais, effectués en vertu de l'art. 7 du Régime.

Comme je l'ai indiqué ci-dessus, la Cour d'appel fédérale n'a pas examiné, du moins expressément, la question de la qualité pour demander l'injonction requise par l'intimé en la distinguant de la qualité pour demander un jugement déclaratoire. La cour a rejeté les appels des ordonnances de la Division de première instance qui avait refusé une injonction demandée par avis introductif de requête et d'injonction provisoire dans l'action à cause, selon mon interprétation des motifs du juge en chef Thurlow, du manque d'urgence et non du défaut de qualité pour agir. Dans ces motifs, le juge en chef Thurlow se réfère constamment à la qualité pour demander une déclaration. Après avoir expliqué le rejet des appels contre les ordonnances refusant une injonction, il dit à la p. 522: «Il reste à examiner les questions de savoir si l'appelant a qualité pour intenter l'action et si la déclaration révélait un droit d'action soutenable permettant d'obtenir un jugement déclaratoire.» Devant nous, l'avocat des appelants n'a pas fait valoir qu'il fallait faire une distinction importante

tion and standing for an injunction. Indeed, that question was simply not addressed in argument. The Federal Court of Appeal and counsel in this Court may well have proceeded on the assumption that there is no significant difference between these remedies, in so far as standing is concerned, as distinct from the conditions of entitlement to them in a particular case. If so, that is in my opinion a sound assumption. It is essential to distinguish, I think, between standing, or the right to seek particular relief, and the entitlement to such relief. The general rule respecting standing to seek a declaration or an injunction, to which I have referred above, has generally been regarded as essentially the same for the two forms of relief. Cf. Cromwell, op. cit., pp. 157-58. I can see no sound reason why the exceptional recognition of public interest standing, as a matter of judicial discretion, which is being affirmed in these reasons should not apply to injunctive as well as declaratory relief. If the respondent is recognized as having standing to seek the declaratory relief then I cannot see why he should not be recognized as also having standing to seek the ancillary injunctive relief. Whether a plaintiff should be granted either declaratory relief or injunctive relief in a particular case is a matter of judicial discretion to be exercised according to criteria and considerations which are somewhat different for the two forms of relief. In the exercise of that discretion in the present case consideration would have to be given to the role of injunction as a public law remedy, including the question whether it will lie against Ministers of the Crown. Those are questions to be left to the trial court. The respondent should in my opinion be recognized as having standing to seek the injunctive relief prayed for in his statement of claim.

V

As I indicated at the outset of these reasons, the appellants contended, as an alternative ground in their motion to strike, that the statement of claim did not disclose a reasonable cause of action. I may

aux fins de la question soumise, entre la qualité pour demander une déclaration et celle pour demander une injonction. De fait, cette question n'a absolument pas été plaidée. La Cour d'appel fédérale et l'avocat en cette Cour ont bien pu présumer qu'il n'y a pas de différence importante entre ces redressements pour ce qui est de la qualité pour agir, par rapport aux conditions y donnant ouverture dans un cas donné. Si c'est le cas, c'est à mon avis une présomption fondée. Il est essentiel de distinguer, à mon avis, la qualité pour agir, ou le droit de demander un redressement particulier, des conditions y donnant ouverture. La règle générale relative à la qualité pour demander une déclaration ou une injonction, dont j'ai déjà parlé, a généralement été considérée comme essentiellement la même dans les deux cas. Cf. Cromwell, *op. cit.*, aux pp. 157 et 158. Je ne peux voir aucun motif solide pour lequel la reconnaissance exceptionnelle de la qualité pour agir dans l'intérêt public, en tant qu'exercice du pouvoir discrétionnaire des tribunaux, que ces motifs confirment, ne devrait pas s'appliquer autant à l'injonction qu'au jugement déclaratoire. Si on accorde à l'intimé la qualité pour demander un jugement déclaratoire, je ne peux pas voir pourquoi on ne devrait pas aussi la lui accorder pour le redressement accessoire qu'est l'injonction. Déterminer si on doit accorder à un demandeur un jugement déclaratoire ou une injonction dans une affaire donnée relève du pouvoir discrétionnaire des juges qu'ils doivent exercer selon des critères et des considérations qui sont assez différents selon le redressement. Dans l'exercice de ce pouvoir discrétionnaire en l'espèce, il faudrait nettement que l'on tienne compte du rôle de l'injonction en tant que redressement de droit public, y compris la question de savoir si on peut l'utiliser contre des ministres du gouvernement. Il convient de laisser ces questions au juge de première instance. On doit, à mon avis, reconnaître à l'intimé la qualité pour demander l'injonction décrite dans sa déclaration.

V

Comme je l'ai indiqué au début des présents motifs, les appelants soutiennent, comme moyen subsidiaire appuyant leur requête en radiation, que la déclaration ne révèle aucune cause raisonnable

say that as I understood the argument of counsel for the appellants in this Court he did not press this contention. The emphasis was on the question of standing and the related question of justiciability. The issues of standing and reasonable cause of action are obviously closely related, and as acknowledged by counsel for the appellants, tend in a case such as this to merge. Indeed, I question whether there is a true issue of reasonable cause of action distinguishable, as an alternative issue, from that of standing. With respect, I think that is perhaps reflected in the reasons of Thurlow C.J. on the question of reasonable cause of action in which there is reference to cases on standing in support of his conclusion. Clearly, if a plaintiff has the requisite standing an action will lie for a declaration that an administrative authority has acted without statutory authority. What I understand to be the reasonable cause of action issue, if the respondent is held to have standing, is whether it is plain and obvious that the respondent cannot succeed with his contentions in respect of the alleged provincial non-compliance with the conditions and undertakings imposed by the Plan and the alleged illegality of the federal payments. I agree with Lalande D.J. in the Federal Court of Appeal that this is not the case, and I would accordingly reject the contention that the respondent's statement of claim does not disclose a reasonable cause of action.

I would dismiss the appeal with costs.

Appeal dismissed with costs.

Solicitor for the appellants: R. Tassé, Ottawa.

Solicitor for the respondent: G. Patrick S. Riley, Winnipeg.

d'action. Je m'autorise à dire, d'après ce que je comprends de la plaidoirie de l'avocat des appelants devant la Cour, qu'il n'a pas poussé ce moyen. Il a mis l'accent sur la qualité pour agir et la question connexe de la justiciabilité. La qualité pour agir et l'existence d'une cause raisonnable d'action sont manifestement liées de près et, comme l'a reconnu l'avocat des appelants, tendent dans une espèce comme celle-ci à se confondre. D'ailleurs je me demande s'il existe vraiment une cause d'action raisonnable qu'on puisse distinguer, à titre de moyen subsidiaire, de la question de la qualité pour agir. Avec égards, je pense que cela se reflète peut-être dans les motifs du juge en chef Thurlow, quand il traite de la cause d'action raisonnable et qu'il se réfère à la jurisprudence sur la qualité pour agir pour étayer sa conclusion. Manifestement, si un demandeur a la qualité nécessaire pour agir, il peut intenter une action en jugement déclaratoire portant qu'une autorité administrative a agi sans pouvoir légal. Si je comprends bien, la question de la cause raisonnable d'action, si on conclut que l'intimé a qualité pour agir, consiste à déterminer s'il est clair que ne pourraient être accueillies les conclusions de l'intimé quant au prétendu non-respect provincial des conditions et engagements imposés par le Régime et quant à l'illégalité prétendue des versements fédéraux. Je partage l'avis du juge suppléant Lalande en Cour d'appel fédérale que ce n'est pas le cas, et je suis donc d'avis de rejeter l'argument qu'aucune cause d'action raisonnable ne ressort de la déclaration de l'intimé.

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

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureur des appelants: R. Tassé, Ottawa.

Procureur de l'intimé: G. Patrick S. Riley, Winnipeg.

H. Rod Carey *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen in right of Ontario, the Ontario Development Corporation, the Northern Ontario Development Corporation, Claude Bennett and Allan Grossman *Respondents*

INDEXED AS: CAREY *v.* ONTARIO

File No.: 18060.

1985: October 2; 1986: December 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Evidence — Crown privilege — Production of cabinet and cabinet committee documents necessary to legal case — Low level policy matter several years old and of little public interest — Crown privilege claimed because of class of documents — Whether court should inspect documents to decide whether Crown's claim valid — Whether Crown's claim to immunity should be upheld.

The Government of Ontario increasingly became financially involved with Minaki Lodge, a resort in northwestern Ontario, and eventually became owner. Its dealings with appellant, the principal and later controlling shareholder of the lodge, gave rise to this action. On examination for discovery, the defendants' witnesses claimed an absolute privilege respecting all documents that went to or emanated from Cabinet and its committees. The claim was not based on the contents of the documents but on the class to which they belonged. Production, it was alleged, would breach confidentiality and inhibit Cabinet discussion of matters of significant public policy. An application to quash the subpoena *duces tecum* was granted, notwithstanding the judge's assumption that the documents would be relevant to the matters in issue. Both the Divisional Court and the Court of Appeal upheld that decision. At issue was whether to claim to refuse production of Cabinet documents as a class was valid, and whether it was necessary for the appellant to prove not only that the documents were relevant but also would assist his case.

H. Rod Carey *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine du chef de l'Ontario, la Société de développement de l'Ontario, la Société de développement du Nord de l'Ontario, Claude Bennett et Allan Grossman *Intimés*

RÉPERTORIÉ: CAREY *c.* ONTARIO

N° du greffe: 18060.

1985: 2 octobre; 1986: 18 décembre.

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

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

Preuve — Privilège de la Couronne — Production de documents du Cabinet et de comités du Cabinet nécessaires à une action en justice — Question de politique de moindre importance datant de plusieurs années et de peu d'intérêt pour le public — Revendication du privilège de la Couronne fondée sur la catégorie de documents — La cour doit-elle examiner les documents afin de décider du bien-fondé de la revendication de la Couronne? — Convient-il de faire droit à la demande d'immunité avancée par la Couronne?

S'étant engagé de plus en plus à aider financièrement la Minaki Lodge (ci-après «l'hôtellerie»), un centre de villégiature du nord-ouest de l'Ontario, le gouvernement de cette province a fini par en devenir propriétaire. Ses relations avec l'appelant, l'actionnaire principal et, plus tard, l'actionnaire majoritaire de l'hôtellerie sont à l'origine du litige. À l'interrogatoire préalable, les témoins des défendeurs ont invoqué un privilège absolu à l'égard de tous les documents soumis au Cabinet et à ses comités ou en émanant. Cette revendication n'était pas fondée sur la teneur des documents, mais sur la catégorie à laquelle ils appartenaient. La production, a-t-on allégué, violerait la confidentialité et gênerait la discussion par le Cabinet de questions de politique importantes. Une demande en annulation du *subpœna duces tecum* a été accueillie, bien que le juge ait tenu pour avéré que les documents se rapporteraient aux questions en litige. Cette décision a été confirmée tant par la Cour divisionnaire que par la Cour d'appel. La question en litige est de savoir si l'on peut à bon droit refuser la production de documents du Cabinet en tant que catégorie et si l'appelant doit prouver non seulement que les documents sont pertinents mais qu'ils aideront sa cause.

Held: The appeal should be allowed.

The importance of withholding production on the basis of a public interest must be weighed against the public interest in the proper administration of justice. Protection of documents as a class was generally not favoured. There was public interest in the confidentiality of Cabinet deliberations in developing public policy, but this was only one of a number of variables to be taken into account in considering whether the interest in disclosure for the administration of justice was outweighed by other public interests. Among the variables to be weighed was the nature of the policy, whether it was contemporary or not, and the nature and importance of the action. In the present case, the information sought to be revealed concerned a particular transaction involving a low level policy matter that had taken place some thirteen years before.

Because high level documents were involved, the court should first inspect the documents to balance the competing interests in disclosing or producing them. The documents here were obviously relevant, and it was not necessary for appellant to further establish that they would assist his case.

Cases Cited

Considered: *Robinson v. State of South Australia (No. 2)*, [1931] A.C. 704; *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624; *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700; *Smallwood v. Sparling*, [1982] 2 S.C.R. 686; *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484; *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505; *Air Canada v. Secretary of State for Trade* (1983), 2 W.L.R. 494; *Fletcher Timber Ltd. v. Attorney-General*, [1984] 1 N.Z.L.R. 290; **referred to**: *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479; *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1965] S.C.R. 73; *Re Grosvenor Hotel, London (No. 2)*, [1964] 3 All E.R. 354; *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1; *Goguen v. Gibson*, [1983] 2 F.C. 463; *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388; *Environmental Defence Society Inc. v. South Pacific Aluminium Ltd.*, [1981] 1 N.Z.L.R. 146; *R. and Vanguard Hutterian Brethren Inc.* (1979), 97 D.L.R. (3d) 86; *Smerchanski v. Lewis* (1981), 31 O.R. (2d) 705; *R. in Right of Alberta v. Mannix*, [1981] 5 W.W.R. 343; *Gloucester Properties Ltd. v. R.* (1981), 24 C.P.C. 82; *Lanyon Pty. Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1974), 129 C.L.R. 650.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

L'importance de la non-divulgation des documents dans l'intérêt public doit être évaluée par rapport à l'intérêt public dans la bonne administration de la justice. D'une manière générale, on ne favorise pas la protection de documents en tant que catégorie. Il est dans l'intérêt public que les délibérations du Cabinet dans l'élaboration de politiques soient confidentielles, mais ce n'est là qu'un facteur parmi tant d'autres à prendre en considération lorsqu'on examine si l'intérêt dans la divulgation aux fins de l'administration de la justice doit céder le pas à d'autres intérêts publics. Parmi les facteurs dont il faut tenir compte, il y a la nature de la politique, l'actualité de cette politique ainsi que la nature et l'importance de l'action. En l'espèce, les renseignements dont on demande la divulgation concernent une opération précise s'inscrivant dans le cadre d'une politique de moindre importance qui remonte quelque treize ans auparavant.

Parce qu'il s'agit de documents importants, la cour doit d'abord les examiner afin de soupeser les intérêts opposés dans la divulgation ou la production. En l'espèce, les documents sont manifestement pertinents et l'appelant n'a donc pas à prouver par d'autres moyens qu'ils aideront sa cause.

Jurisprudence

Arrêts examinés: *Robinson v. State of South Australia (No. 2)*, [1931] A.C. 704; *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910; *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624; *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700; *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686; *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974); *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484; *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505; *Air Canada v. Secretary of State for Trade* (1983), 2 W.L.R. 494; *Fletcher Timber Ltd. v. Attorney-General*, [1984] 1 N.Z.L.R. 290; **arrêts mentionnés**: *R. v. Snider*, [1954] R.C.S. 479; *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1965] R.C.S. 73; *Re Grosvenor Hotel, London (No. 2)*, [1964] 3 All E.R. 354; *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1; *Goguen c. Gibson*, [1983] 2 C.F. 463; *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388; *Environmental Defence Society Inc. v. South Pacific Aluminium Ltd.*, [1981] 1 N.Z.L.R. 146; *R. and Vanguard Hutterian Brethren Inc.* (1979), 97 D.L.R. (3d) 86; *Smerchanski v. Lewis* (1981), 31 O.R. (2d) 705; *R. in Right of Alberta v. Mannix*, [1981] 5 W.W.R. 343; *Gloucester Properties Ltd. v. R.* (1981), 24 C.P.C. 82; *Lanyon Pty. Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1974), 129 C.L.R. 650.

Statutes and Regulations Cited

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 36.1(2), 36.2(1) [both en. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, sch. III].
Evidence Act, R.S.O. 1980, c. 145, s. 30.

Authors Cited

Williston, W. B. and R. J. Rolls. *The Law of Civil Procedure*, vol. 2. Toronto: Butterworths, 1970.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 43 O.R. (2d) 161, 38 C.P.C. 237, 1 D.L.R. (4th) 498, 7 C.C.C. (3d) 193, affirming a judgment of the Divisional Court (1982), 39 O.R. (2d) 273, 31 C.P.C. 34, 146 D.L.R. (3d) 684, 4 C.C.C. (3d) 83, affirming a judgment of Catzman J. (1982), 38 O.R. (2d) 430, 28 C.P.C. 310, granting an application to quash a subpoena *duces tecum*. Appeal allowed.

J. L. McDougall, Q.C., and *R. L. Armstrong*, for the appellant.

T. H. Wickett, for the respondents.

The judgment of the Court was delivered by

LA FOREST J.—This case involves a conflict between the public interest that a person who asserts a legal claim be afforded access to all information relevant to prove that claim, and the public interest against disclosure of confidential communications of the executive branch of government.

The immediate issue is whether the appellant Carey is entitled to compel production in an action against the Crown in right of Ontario and the other respondents of Cabinet documents in the possession of the executive government of the province which, he contends, would support his claim. In Ontario, this issue falls to be decided under common law.

The plaintiff's claim arises against the following background.

Lois et règlements cités

Loi sur la preuve, L.R.O. 1980, chap. 145, art. 30.
Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 36.1(2), 36.2(1) [adoptés 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4, ann. III].

Doctrine citée

Williston, W. B. and R. J. Rolls. *The Law of Civil Procedure*, vol. 2. Toronto: Butterworths, 1970.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 43 O.R. (2d) 161, 38 C.P.C. 237, 1 D.L.R. (4th) 498, 7 C.C.C. (3d) 193, confirmant un jugement de la Cour divisionnaire (1982), 39 O.R. (2d) 273, 31 C.P.C. 34, 146 D.L.R. (3d) 684, 4 C.C.C. (3d) 83, confirmant un jugement du juge Catzman (1982), 38 O.R. (2d) 430, 28 C.P.C. 310, qui a fait droit à une demande en annulation d'un *subpœna duces tecum*. Pourvoi accueilli.

J. L. McDougall, c.r., et *R. L. Armstrong*, pour l'appelant.

T. H. Wickett, pour les intimés.

Version française du jugement de la Cour rendu par

LE JUGE LA FOREST—Il s'agit en l'espèce d'un conflit entre l'intérêt qu'a le public à ce que toute personne qui présente une demande en justice ait accès à tous les renseignements pertinents nécessaires pour prouver ses allégations et l'intérêt du public à ce que les communications confidentielles de la branche exécutive du gouvernement ne soient pas divulguées.

La première question qui se pose est de savoir si, dans une action contre Sa Majesté du chef de l'Ontario et les autres intimés, l'appelant Carey est en droit d'obtenir la production de documents du Cabinet se trouvant en la possession du pouvoir exécutif de la province, documents qui, selon l'appelant, serviraient à étayer sa demande. En Ontario, cette question doit être décidée en vertu de la *common law*.

La réclamation du demandeur a pris naissance dans le contexte suivant.

Factual Background

The Minaki Lodge is a tourist resort complex of some note located on the Winnipeg River a few miles north of Kenora and Lake of the Woods. In the early 1960s, Carey became associated with the controlling group then operating the lodge as a shareholder. There is dispute among the parties about the financial health of the lodge during the late 1960s, but no one questions that the tourist industry in the area was adversely affected when mercury contamination was discovered in the adjoining river system. As a result the lodge, which had operated only in the summer months, did not open in the summer of 1971 and was not scheduled to open for the summer of 1972.

By the fall of 1971, the Government of Ontario had become concerned about the damage resulting to the economy of northwestern Ontario from the closing of the lodge and took steps to keep it operating. Its dealing with Carey in attempting to effect this purpose is what gave rise to this action.

Carey alleges that in the fall of 1971, the Government offered to make good all losses of the operators through forgivable or interest-free loans if the lodge was re-opened. The Government, however, denies such an offer formed part of the loan assistance it was willing to extend. Carey further alleges that he accepted the alleged offer and, in reliance on it, acquired control of the lodge from his associates and re-opened it in the summer of 1972. What is more, he adds, he kept it open at the Government's encouragement during the whole of the following winter and thereby incurred considerable losses for which the Government did not fully reimburse him. He claims he then advised the Government the lodge would be closed for the winter of 1973-1974 but the Government asked him to keep it open pending the completion of a feasability study. The Government denies making any such request.

According to Carey, in November 1973 the Government told him it wished to continue the operation of the lodge and to invest a large sum of

Contexte factuel

Minaki Lodge (ci-après «l'hôtellerie») est un centre de villégiature bien connu situé sur la rivière Winnipeg à quelques milles au nord de Kenora et du Lake of the Woods. Au début des années 60, Carey s'est associé en tant qu'actionnaire au groupe majoritaire qui exploitait alors l'hôtellerie. Bien que les parties soient en désaccord quant à la santé financière de l'hôtellerie à la fin des années 60, personne ne conteste que la découverte de contamination au mercure dans le réseau hydrographique en question a nui à l'industrie touristique de la région. Par conséquent, l'hôtellerie, qui n'était exploitée que pendant les mois d'été, est restée fermée au cours de l'été 1971 et il n'était pas prévu de la rouvrir pour l'été 1972.

Dès l'automne 1971, le gouvernement de l'Ontario, s'inquiétant du préjudice causé à l'économie du nord-ouest de l'Ontario par la fermeture de l'hôtellerie, a pris des mesures destinées à assurer sa réouverture. À cette fin, le gouvernement a négocié avec Carey, ce qui a entraîné la présente action.

Carey allègue qu'à l'automne 1971, le gouvernement a offert au moyen de prêts-subventions ou de prêts sans intérêt de dédommager les exploitants de toutes leurs pertes s'ils rouvraient l'hôtellerie. Le gouvernement par contre nie qu'une telle offre ait fait partie de l'aide sous forme de prêts qu'il était disposé à fournir. Carey affirme en outre qu'il a accepté ladite offre et que, sur la foi de celle-ci, a obtenu de ses associés le contrôle de l'hôtellerie, la rouvrant à l'été 1972. De plus, dit-il, encouragé par le gouvernement, il a gardé l'hôtellerie ouverte pendant tout l'hiver suivant, ce qui lui a occasionné des pertes appréciables dont le gouvernement ne l'a pas intégralement indemnisé. Toujours selon Carey, il a alors fait savoir au gouvernement que l'hôtellerie resterait fermée pendant l'hiver 1973-1974, mais le gouvernement lui a demandé d'attendre que soit achevée une étude de faisabilité. Le gouvernement prétend n'avoir jamais fait de telle demande.

Au dire de Carey, en novembre 1973 le gouvernement lui a manifesté le désir de voir continuer l'exploitation de l'hôtellerie et d'y investir une

money in it so as to make the resort a centerpiece for the resort industry in the area. However, he adds, since it would be politically inexpedient to provide funds to a private owner, the Government proposed to become his partner. Carey says he agreed to this proposal and accordingly continued to operate the lodge, incurring very substantial monthly operating losses which were not absorbed by the Government except to the extent necessary to enable him to meet current payments. These allegations are also denied by the Government, which claims that all financial assistance provided to the appellant from 1971 to 1973 was through loans arranged with the Ontario Development Corporation.

In late 1973 or early 1974, a meeting was held between Carey and the Minister of Industry and Tourism and a number of officials including some of the Northern Ontario Development Corporation. Carey claims he was told the Government had decided to invest over $5 million in the lodge, and that he could either have it go into receivership and see its staff and creditors go unpaid or assign his interest to the Ontario Development Corporation. The Government agrees that there was a discussion of the financial difficulties of the lodge and of the available options. At all events, the appellant accepted a written offer from the Ontario Development Corporation for the transfer of his shares on the understanding that the Corporation would assume all the owners' outstanding indebtedness, except shareholders' loans. Apparently as part of these arrangements, the appellant later signed a three-year consulting contract with the resort company for which he was to be paid some $15,000 a year. Carey asserts that he assigned his interests under the threat of receivership and its consequences. The Government, however, denies that he acted under any duress or compulsion.

somme importante afin d'en faire le centre de l'industrie touristique de la région. Il ajoute toutefois que, puisqu'il aurait été impolitique d'avancer des fonds à un propriétaire privé, le gouvernement a proposé de devenir son associé. Carey affirme avoir accepté cette proposition et avoir, en conséquence, continué à exploiter l'hôtellerie, subissant des pertes d'exploitation mensuelles considérables que le gouvernement n'a supportées que dans la mesure où cela était nécessaire pour permettre à Carey de faire face à ses paiements courants. Ces allégations font elles aussi l'objet d'une dénégation de la part du gouvernement qui prétend que toute l'aide financière reçue par l'appelant de 1971 à 1973 lui a été fournie au moyen de prêts consentis par la Société de développement de l'Ontario.

Vers la fin de 1973 ou le début de 1974, Carey a rencontré le ministre de l'Industrie et du Tourisme et plusieurs fonctionnaires, dont certains de la Société de développement du Nord de l'Ontario. Carey prétend s'être fait dire que le gouvernement avait décidé d'investir plus de cinq millions de dollars dans l'hôtellerie et qu'il pouvait choisir entre la faillite, auquel cas son personnel et ses créanciers ne seraient pas payés, ou la cession de son intérêt à la Société de développement de l'Ontario. Le gouvernement reconnaît qu'il a été question des difficultés financières de l'hôtellerie et des solutions possibles à celles-ci. Quoi qu'il en soit, l'appelant a accepté une offre écrite de la Société de développement de l'Ontario. Aux termes de cette offre l'appelant effectuerait la cession de ses actions et la Société assumerait toutes les dettes impayées des propriétaires, sauf les emprunts contractés par les actionnaires. Plus tard, apparemment en conformité avec l'accord ainsi intervenu, l'appelant a signé avec la société qui exploitait l'hôtellerie un contrat de trois ans suivant lequel il lui fournirait des services d'expert-conseil moyennant une rémunération annuelle d'environ 15 000 $. Carey affirme qu'il a cédé ses intérêts sous la menace de la faillite et de ce qui en découlerait. Le gouvernement toutefois nie que l'appelant ait agi sous le coup de la contrainte ou de la coercition.

The Action and Demand for Production

Some two years later, in March 1976, Carey brought the present action seeking damages, including exemplary damages, for breach of the alleged agreement, deceit and damage to reputation, the setting aside of the transfer on the grounds of duress and compulsion and as an unconscionable transaction, and a declaration that the appellant is the beneficial owner of the shares transferred by him. The action against the individual defendants was subsequently dismissed with consent, so only the Government and the two corporations remain as defendants.

On examination for discovery, the defendants' witnesses claimed an absolute privilege respecting all documents that went to Cabinet and its committees and all documents that emanated from it. When, in June of 1982, a date was fixed for trial, a subpoena *duces tecum* was served on the Secretary of the Cabinet for Ontario, Dr. E. E. Stewart, requiring him to attend at trial and bring all documents relating to the proceedings described in the subpoena. The Government then applied to quash the subpoena, and in support of the application filed an affidavit sworn by Dr. Stewart in which he acknowledged that he had relevant documents under his control but objected to their production on the basis that "it would not be in the public interest to produce these documents, or to make them available for inspection, even for the limited purposes of this litigation." By s. 30 of the Ontario *Evidence Act*, R.S.O. 1980, c. 145, such objection has the like effect as if it were made by a member of the Executive Council of the Province.

Dr. Stewart listed the documents in two schedules to his affidavit. The first schedule lists documents in the possession of his office at the time the subpoena was served on him. The second lists those formerly in his office but now in the possession of the archives where they would normally be kept confidential and unavailable for public access for a period of thirty years.

L'action et la demande de production

Environ deux ans plus tard, en mars 1976, Carey a intenté la présente action visant à obtenir, en premier lieu, des dommages-intérêts, y compris des dommages-intérêts exemplaires, pour violation de l'accord allégué, pour dol et pour atteinte à la réputation, en deuxième lieu, l'annulation de la cession pour cause de contrainte et de coercition et parce qu'elle constituait une opération abusive et en troisième lieu, un jugement déclarant que l'appelant est le propriétaire réel des actions qu'il a cédées. L'action contre les particuliers défendeurs a par la suite été rejetée du consentement des parties, de sorte que les seuls défendeurs qui restent sont le gouvernement et les deux sociétés.

À l'interrogatoire préalable, les témoins des défendeurs ont invoqué un privilège absolu à l'égard de tous les documents soumis au Cabinet et à ses comités et de tous les documents émanant du Cabinet. En juin 1982, la cause a été mise au rôle et on a assigné le secrétaire du Cabinet de l'Ontario, M. E. E. Stewart, à comparaître au procès et à produire tous les documents se rapportant aux procédures mentionnées dans le *subpœna*. Le gouvernement a alors présenté une demande en annulation du *subpœna*, produisant à l'appui de sa demande un affidavit souscrit par M. Stewart, dans lequel ce dernier reconnaissait avoir à sa disposition des documents pertinents mais s'opposait à leur production parce que [TRADUCTION] «il ne serait pas dans l'intérêt public de produire ces documents ou de permettre qu'on les examine, même aux fins restreintes du présent litige». Suivant l'art. 30 de la *Loi sur la preuve* de l'Ontario, L.R.O. 1980, chap. 145, une telle objection a le même effet qu'une objection formulée par un membre du Conseil exécutif de la province.

M. Stewart a énuméré les documents en question dans deux annexes jointes à son affidavit. La première annexe énumère les documents se trouvant dans son bureau au moment où le *subpœna* lui a été signifié. La seconde énumère les documents qu'il a déjà eus dans son bureau mais qui sont maintenant en la possession des archives où ils devraient normalement être conservés, confidentiels et inaccessibles au public, pendant une période de trente ans.

The affidavit claims privilege against disclosure of all these documents except a few orders in council and formal minutes of the Management Board. The claim of privilege is not based on the contents of these documents, which are not revealed, but on the class to which they belong, i.e. documents prepared for Cabinet, or that emanated from Cabinet, or that record its proceedings or those of its committees. These may compendiously be described as "Cabinet documents", although there may in some circumstances be ground for making a distinction between them.

The basis of the claim for the privilege against production of the documents is set forth in the following excerpts from the affidavit:

... it is my firm opinion that it has consistently been assumed and taken for granted at all material times by all members of the Executive Council, and by all members of the staff of the Cabinet office, that all of the discussions in the Executive Council are private and confidential, and will not be published or revealed to any persons who are not members of the Council. It has also been consistently realised and appreciated by all members of the Council that the decisions taken by it are collegial or group decisions, for each of which they all share responsibility.

It is also my firm opinion that it has consistently been assumed by the members of the Executive Council, and by the staff of the Cabinet office and the various government ministries, that documents prepared by subcommittees of the Cabinet for use by the Cabinet, and documents prepared by ministries or other government organizations for use by the Cabinet are privileged and confidential and will not be made public.

I have read and reviewed the documents listed in Exhibit 1 for which privilege is claimed. In my considered opinion, for the reasons set out below, it would not be in the public interest to produce these documents, or to make them available for inspection, even for the limited purposes of this litigation.

The notes kept by members of Cabinet staff of the discussions at Cabinet meetings do not purport to be complete, and do not indicate the basis upon which any individual member, or the Executive Council itself, formed a decision. They indicate certain points raised by individual members of Cabinet, and more importantly, they record the decisions reached by Cabinet ....

L'affidavit réclame un privilège de non-divulgation relativement à chacun de ces documents, à l'exception de quelques décrets du Conseil et procès-verbaux officiels du Conseil de gestion. Cette réclamation se fonde, non pas sur la teneur des documents, qui n'a pas été révélée, mais sur la catégorie à laquelle ils appartiennent, c.-à-d. celle des documents préparés pour le Cabinet ou émanant du Cabinet, ou contenant les délibérations du Cabinet ou de ses comités. Par souci de concision, on peut les décrire comme des «documents du Cabinet», bien qu'il puisse convenir dans certaines circonstances de faire des distinctions entre eux.

Le fondement de la réclamation d'un privilège de non-production des documents se trouve exposé dans les passages suivants tirés de l'affidavit:

[TRADUCTION] ... je suis fermement convaincu que tous les membres du Conseil exécutif et tout le personnel du bureau du Cabinet ont toujours supposé et tenu pour acquis que toutes les discussions du Conseil exécutif sont privées et confidentielles et qu'elles ne seront ni publiées ni révélées à des personnes qui ne font pas partie du Conseil. De plus, chacun des membres du Conseil a toujours été bien conscient du caractère collégial ou collectif des décisions du Conseil, à l'égard desquelles ils partagent tous la responsabilité.

Je suis en outre fermement convaincu que les membres du Conseil exécutif et le personnel du bureau du Cabinet et des différents ministères gouvernementaux ont toujours supposé que les documents établis par des sous-comités du Cabinet à l'usage du Cabinet ainsi que les documents préparés par les ministères ou d'autres organismes gouvernementaux à l'usage du Cabinet sont privilégiés et confidentiels et ne seront pas rendus publics.

J'ai lu et examiné les documents énumérés dans la pièce 1 à l'égard desquels le privilège est demandé. Après mûre réflexion, j'estime, pour les raisons exposées ci-après, qu'il ne serait pas dans l'intérêt public de produire ces documents ou de permettre qu'on les examine, même aux fins restreintes du présent litige.

Les notes prises par des membres du personnel du Cabinet, portant sur les discussions qui ont eu lieu au cours des réunions du Cabinet, ne se veulent aucunement complètes et n'indiquent pas ce sur quoi tel ou tel membre du Cabinet ou le Conseil exécutif lui-même a pu fonder une décision. Elles constatent certains points soulevés par des membres individuels du Cabinet et, plus important encore, elles enregistrent les décisions prises par le Cabinet ...

It is my firm opinion that if these notes of the discussions in the Executive Council were to be produced, it would almost necessarily lead to a distorted, incomplete and inaccurate impression of the nature of the actual discussion which took place. It is also my opinion that if these notes were produced, it would in future affect the nature of the discussions in Cabinet, and would inhibit the freedom of the members of Cabinet to discuss matters of significant public concern and policy, to the detriment of the public interest.

Je crois fermement que si ces notes des discussions du Conseil exécutif devaient être produites, il en résulterait presque inévitablement que l'on se ferait une idée fausse, incomplète et inexacte de la nature des discussions. J'estime en outre que la production de ces notes aurait des répercussions sur les discussions futures du Cabinet et imposerait des entraves à la liberté des membres du Cabinet de discuter de questions importantes de politique et d'intérêt public, et ce, au détriment du bien général.

The Courts Below

Catzman J. of the Supreme Court of Ontario (1982), 38 O.R. (2d) 430, 28 C.P.C. 310, assumed without deciding that the documents in question would be relevant to the matters in issue between the parties to the litigation. However he ordered that the subpoena *duces tecum* be quashed and set aside largely on the basis of the Ontario Court of Appeal decision in *Smerchanski v. Lewis* (1981), 31 O.R. (2d) 705 where it was stated, at p. 711, that documents relating to Cabinet proceedings are by their nature generally acknowledged to be privileged. For this and other reasons, he also rejected the suggestion that he inspect the documents privately so as to determine where the balance of public interest lay.

An appeal to the Divisional Court for Ontario was dismissed: (1982), 39 O.R. (2d) 273, 31 C.P.C. 34, 146 D.L.R. (3d) 684, 4 C.C.C. (3d) 83. White J., who gave the judgment of the Court, held, citing *inter alia*, *Smerchanski v. Lewis*, that Cabinet documents are presumed to be privileged under the doctrine of Crown privilege or public interest immunity in the absence of special circumstances, such as an allegation of criminal activity, malfeasance, misfeasance, nonfeasance, irregularity or other improprieties in the conduct of the members of the Cabinet or those reporting to the Cabinet, of which the documents in issue would be proof. In his view, the onus of establishing such circumstances is on those who seek production of the documents. Carey would have to discharge this onus before the court would look at the documents and embark on the process of weighing the interest in the confidentiality of executive or Cabinet delib-

Les tribunaux d'instance inférieure

Le juge Catzman de la Cour suprême de l'Ontario (1982), 38 O.R. (2d) 430, 28 C.P.C. 310, a tenu pour avéré, sans toutefois décider le point, que les documents en cause se rapporteraient aux questions en litige entre les parties au procès. Toutefois, se fondant principalement sur l'arrêt *Smerchanski v. Lewis* (1981), 31 O.R. (2d) 705, à la p. 711, où la Cour d'appel de l'Ontario dit que les documents relatifs aux délibérations du Cabinet sont, de par leur nature, généralement reconnus comme privilégiés, il a ordonné l'annulation du *subpœna duces tecum*. Pour cette raison et pour d'autres il a également repoussé la proposition qu'il examine les documents en privé afin de déterminer lequel des intérêts publics devait l'emporter.

Un appel devant la Cour divisionnaire de l'Ontario a été rejeté: (1982), 39 O.R. (2d) 273, 31 C.P.C. 34, 146 D.L.R. (3d) 684, 4 C.C.C. (3d) 83. Le juge White, qui a rendu le jugement de la cour, a cité notamment l'arrêt *Smerchanski v. Lewis* à l'appui de sa conclusion que, grâce au principe du privilège de Sa Majesté ou de l'immunité d'intérêt public, les documents du Cabinet sont réputés privilégiés, à moins qu'il n'y ait des circonstances spéciales telles qu'une allégation d'activité criminelle, de méfait (*malfeasance*), de mauvaise exécution (*misfeasance*), d'inaction (*nonfeasance*), d'irrégularité ou de toute autre conduite irrégulière reprochée aux membres du Cabinet ou à des personnes relevant du Cabinet, conduite dont les documents en cause constitueraient une preuve. De l'avis du juge White, c'est à ceux qui demandent la production des documents qu'il incombe d'établir l'existence de telles circonstances. Tant que Carey ne le ferait pas, la cour n'examinerait pas les documents ni n'entreprendrait l'analyse visant à déterminer lequel devrait primer, l'intérêt à préser-

erations against the interest in making available all relevant evidence to a court.

On the appeal to the Court of Appeal of Ontario (1983), 43 O.R. (2d) 161, 38 C.P.C. 237, 1 D.L.R. (4th) 498, 7 C.C.C. (3d) 193, that court rejected the "very special circumstances" rule propounded by the Divisional Court. It, however, dismissed the appeal for reasons set forth in the judgment of Thorson J.A. After an extensive examination of the case law, he concluded that the Crown (i.e. the provincial Government) had no absolute privilege or immunity from disclosure of documents based on either their content or class. The Crown could, however, claim protection of certain documents from disclosure on the basis of a specified public interest. Where such a claim is properly made, he stated, it will prevail unless the party seeking their production can persuade the court that there are cogent and concrete grounds that will substantially assist his case, that the issue to which the documents are relevant is one of real substance and is not raised merely to gain access to the documents, and that it is unlikely that the facts sought to be established by the documents can be otherwise proved. Only after this is done will the court proceed to examine the documents with a view to balancing the competing interests. In the case at hand, concrete and cogent grounds had not been presented. Nor had sufficient time elapsed to remove concern about the publication of the documents.

Although it did not have to deal with the issue in view of the conclusion it had arrived at, the Court thought it desirable to comment on the submission made on behalf of the Government that where a court decided to order an inspection, the Government should have a right to appeal before the court proceeded to act on that order, and if the Court of Appeal made such an order, the Govern-

ver le caractère confidentiel des délibérations de l'exécutif ou du Cabinet, ou l'intérêt à mettre à la disposition d'un tribunal tous les éléments de preuve pertinents.

En appel devant la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 43 O.R. (2d) 161, 38 C.P.C. 237, 1 D.L.R. (4th) 498, 7 C.C.C. (3d) 193, celle-ci a écarté la règle des [TRADUCTION] «circonstances très spéciales» proposée par la Cour divisionnaire. Elle a néanmoins rejeté l'appel pour les motifs exposés dans le jugement du juge Thorson. Après un examen approfondi de la jurisprudence, ce dernier a conclu que Sa Majesté (c.-à-d. le gouvernement provincial) ne jouissait pas d'un privilège ou d'une immunité absolus qui venaient empêcher la communication de documents, soit en raison de leur contenu, soit en raison de leur catégorie. Sa Majesté pouvait cependant, en invoquant un intérêt public précis, réclamer une exemption de communication à l'égard de certains documents. Chaque fois qu'une demande de ce genre est dûment présentée, a dit le juge Thorson, on y accédera, à moins que la partie qui cherche à obtenir la production ne puisse persuader le tribunal qu'il existe des raisons concrètes et convaincantes de croire que les documents lui seront d'un grand secours, que la question à laquelle se rapportent les documents est sérieuse et n'a pas été soulevée simplement pour avoir accès aux documents et que, selon toute vraisemblance, les faits que l'on veut établir au moyen des documents ne peuvent être prouvés d'aucune autre manière. Ce n'est qu'alors que le tribunal examinera les documents en vue de faire un choix entre les intérêts opposés. En l'espèce, on n'a pas allégué de raisons concrètes et convaincantes. Par ailleurs, il ne s'était pas écoulé suffisamment de temps pour dissiper toute inquiétude relative à la publication des documents.

Quoique n'y étant pas tenue, eu égard à la conclusion à laquelle elle était arrivée, la cour a jugé à propos de faire des observations sur l'argument avancé au nom du gouvernement, selon lequel chaque fois qu'un tribunal décide d'ordonner l'inspection de documents, le gouvernement devrait avoir le droit d'en appeler de cette ordonnance avant que le tribunal ne commence à l'exé-

ment should be given an opportunity to seek leave to appeal to this Court. The Court of Appeal disagreed with this contention on the ground that it knew of no procedure by which this could be done and because of the practical consequences that could ensue from allowing this argument to prevail.

Leave to appeal to this Court was granted on December 3, 1983, [1983] 2 S.C.R. vi.

Grounds of Appeal

Counsel for Carey contends that the Court of Appeal erred

(a) in finding that Dr. Stewart's affidavit was sufficient to support the claim for non-disclosure despite the fact that it did not specify any special circumstances or particular damage to the public interest;

(b) in its formulation of the test to be applied in determining the circumstances in which the Crown will be obliged to produce Cabinet and other important documents at trial;

(c) in that it established the requirements to be met by a party seeking production of Crown documents relying, in large part, upon the English authorities which in turn relied upon the English rules of practice which have no equivalent in the provinces or territories of Canada.

Counsel for the respondents specified that the claim of privilege was put forward solely on the basis of the class of documents in issue and not on the basis of content. He further contended that the Court of Appeal erred in stating that the Government did not have a separate right to appeal from an order that the documents be inspected.

I do not propose to enter into the latter point in any detail, but I shall only make the following brief remarks. Appeals are creatures of statute, and counsel did not draw our attention to any

cuter et, si la Cour d'appel rendait une telle ordonnance, on devrait donner au gouvernement la possibilité de demander l'autorisation de se pourvoir devant cette Cour. La Cour d'appel a écarté cet argument pour le motif qu'elle ne connaissait aucune procédure par laquelle cela pouvait se faire et aussi en raison des conséquences pratiques de l'acceptation d'un tel argument.

L'autorisation de pourvoi devant cette Cour a été accordée le 3 décembre 1983, [1983] 2 R.C.S. vi.

Les moyens d'appel

L'avocat de Carey fait valoir que la Cour d'appel a commis une erreur

a) en concluant que l'affidavit de M. Stewart suffisait pour fonder la demande d'exemption de communication, malgré le fait que cet affidavit ne mentionnait aucune circonstance spéciale ni aucune atteinte particulière à l'intérêt public;

b) dans sa formulation du critère à appliquer pour déterminer les circonstances dans lesquelles Sa Majesté sera tenue de produire au procès des documents du Cabinet et d'autres documents importants;

c) parce que, en posant des exigences à remplir par une partie qui demande la production de documents de la Couronne, elle s'est fondée en grande partie sur la jurisprudence anglaise qui, elle, repose sur les règles de pratique anglaises, règles qui n'ont pas d'équivalent dans les provinces ou territoires du Canada.

L'avocat des intimés a précisé que la revendication de privilège avait pour seul fondement la catégorie à laquelle appartiennent les documents en cause et ne reposait nullement sur leur teneur. Il a soutenu en outre que la Cour d'appel a commis une erreur en affirmant que le gouvernement n'avait pas de droit distinct d'en appeler d'une ordonnance autorisant l'examen des documents.

Je ne me propose pas d'approfondir ce dernier point et je m'en tiendrai aux brèves observations suivantes. Les droits d'appel sont conférés par la loi et l'avocat ne nous a signalé aucun texte per-

statute permitting an appeal to the Court of Appeal from an order for inspection. He simply relied on English and New Zealand cases, which as Thorson J.A. remarked may rest on a different statutory basis. So far as the jurisdiction of this Court is concerned, it is premature to discuss the issue until it arises. I might say, however, that I am impressed with the practical implications mentioned by Thorson J.A. militating against permitting appeals to be heard on issues of this kind until the final disposition of the action. This is especially true in view of the fact that a special procedure has been provided for dealing with the really sensitive issues such as international relations and national defence and security; see *Canada Evidence Act*, R.S.C. 1970, c. E-10, ss. 36.1(2), 36.2(1), as enacted by S.C. 1980-81-82-83, c. 111, s. 4, sch. III.

mettant qu'une ordonnance d'inspection de documents soit portée en appel devant la Cour d'appel. Il s'est simplement appuyé sur la jurisprudence anglaise et néo-zélandaise dont, comme l'a fait remarquer le juge Thorson en Cour d'appel, le fondement législatif peut être différent. En ce qui concerne la compétence de cette Cour, il est prématuré d'en discuter tant que la question n'est pas soulevée. Il convient toutefois de souligner que les considérations d'ordre pratique mentionnées par le juge Thorson, qui militent contre l'autorisation d'appels sur ce type de questions avant le règlement définitif du litige, n'ont pas manqué de m'impressionner. C'est d'autant plus vrai qu'une procédure spéciale est prévue pour les questions particulièrement délicates telles les relations internationales, la défense et la sécurité nationales; voir *Loi sur la preuve au Canada*, S.R.C. 1970, chap. E-10, par. 36.1(2), 36.2(1), adoptés par S.C. 1980-81-82-83, chap. 111, art. 4, ann. III.

General Legal Background

It is obviously necessary for the proper administration of justice that litigants have access to all evidence that may be of assistance to the fair disposition of the issues arising in litigation. It is equally clear, however, that certain information regarding governmental activities should not be disclosed in the public interest. The general balance between these two competing interests has shifted markedly over the years. At times the public interest in the need for government secrecy has been given virtually absolute priority, so long as a claim to non-disclosure was made by a Minister of the Crown. At other times a more even balance has been struck.

Le contexte juridique général

Il est manifestement nécessaire à la bonne administration de la justice que les justiciables puissent obtenir tous les éléments de preuve susceptibles de favoriser le règlement équitable des questions soulevées dans un litige. Toutefois, il est clair aussi que certains renseignements relatifs aux activités gouvernementales devraient dans l'intérêt public ne pas être divulgués. L'importance relative de chacun de ces deux intérêts opposés a changé sensiblement au fil des ans. À certains moments, l'intérêt qu'a le public à ce que le secret des délibérations du gouvernement soit gardé a reçu une priorité presque absolue; il suffisait qu'un ministre de la Couronne demande la non-divulgation. À d'autres époques, on s'est rapproché davantage de l'équilibre.

This difference in emphasis resulted in part from the manner in which the interests collided in particular cases. The need for secrecy in government operations may vary with the particular public interest sought to be protected. There is, for example, an obvious difference between information relating to national defence and information relating to a purely commercial transaction. On the other side of the equation, the need for disclosure may be more or less compelling having regard

Cette différence tient en partie à la façon dont les intérêts se heurtaient dans des cas donnés. La nécessité du secret dans les activités gouvernementales peut varier selon l'intérêt public précis que l'on veut protéger. Il existe, par exemple, une différence évidente entre des renseignements qui se rapportent à la défense nationale et des renseignements concernant une opération purement commerciale. D'un autre côté, la nécessité de divulgation peut être plus ou moins impérieuse suivant la

to the nature of the litigation (e.g. between a criminal and civil proceeding) and the extent to which facts may be proved without resort to information sought to be protected from disclosure.

The shift in the balance between the two interests has also been affected by changing social conditions and the role of government in society at various times. When the early cases were decided, the activities of government were restricted to larger political issues. There was no general right to sue the Crown. The issue, therefore, did not frequently arise and when it did, it was often in the context of a suit between private litigants. In that period, it would appear, the tendency of the Crown was to produce evidence requested by litigants in the absence of some compelling reason that could not be disregarded; see the authorities cited by Lord Blanesburgh in *Robinson v. State of South Australia (No. 2)*, [1931] A.C. 704 (P.C.), at p. 714.

With the expansion of state activities into the commercial sphere, different attitudes to suits against the Crown developed and statutes were enacted to make these possible. The general social context also affected attitudes towards government secrecy. One can scarcely expect the views on this issue to be the same in wartime conditions when the total energy of the nation must be concentrated on winning the war, and an era of peace in which government activity impinges on every aspect of our lives and there is in consequence increased demands for more open government. The question, as Lord Upjohn noted in *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910 at p. 991, is one that invites periodic judicial reassessment. Not surprisingly, conflicting dicta can scarcely be reconciled.

nature (par ex., criminelle ou civile) du litige et la mesure dans laquelle les faits sont susceptibles d'être prouvés sans avoir recours aux renseignements que l'on cherche à protéger contre la divulgation.

L'évolution des conditions sociales ainsi que le rôle qu'a joué le gouvernement à différentes époques au sein de la collectivé ont également influencé le degré d'importance accordé aux deux intérêts en question. Quand les premières décisions dans le domaine ont été rendues, les activités gouvernementales s'exerçaient uniquement à l'égard de questions politiques de portée relativement large. Il n'y avait pas de droit général de poursuivre la Couronne. La question ne se posait donc que rarement et, quand on la soulevait, c'était souvent dans le contexte d'un litige entre particuliers. À cette époque-là, semblerait-il, Sa Majesté avait tendance à produire les éléments de preuve demandés par les parties au procès, en l'absence de quelque raison impérieuse qu'on ne pouvait ignorer; voir la jurisprudence citée par lord Blanesburgh dans l'arrêt *Robinson v. State of South Australia (No. 2)*, [1931] A.C. 704 (P.C.), à la p. 714.

L'élargissement du champ des activités étatiques pour englober la sphère commerciale a donné naissance à des attitudes nouvelles face aux actions contre la Couronne et cela s'est traduit par des lois visant à rendre possibles de telles actions. Les positions prises à l'égard du secret des délibérations du gouvernement ont été déterminées en outre par le contexte social général. En effet, on ne peut guère s'attendre que les opinions sur cette question soient les mêmes en temps de guerre quand toutes les énergies de la nation doivent être mobilisées pour assurer la victoire qu'elles ne le seraient si, dans une période de paix, les activités gouvernementales envahissaient tous les aspects de la vie des citoyens, ce qui porterait alors à revendiquer davantage un gouvernement plus ouvert. Comme l'a souligné lord Upjohn dans l'arrêt *Conway v. Rimmer*, [1968] A.C. 910, à la p. 991, il s'agit d'une question qui doit périodiquement faire l'objet du réexamen des tribunaux. Il ne faut donc pas s'étonner de l'impossibilité de concilier les opinions contradictoires exprimées sur ce point.

The widely divergent views on the subject may conveniently be illustrated by the two cases that first gave rise to the modern debate on the subject, *Robinson v. State of South Australia*, just cited, before the Privy Council, and *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624, before the House of Lords.

In *Robinson*'s case, Robinson sued the State of Australia for the amount of damage that had resulted to his wheat in the possession of the State under wheat marketing legislation. The damage, it was alleged, resulted from the negligence of the agents of the State who handled the wheat. To establish his case, Robinson sought and obtained an order to obtain full discovery of all documents in the possession of the State relating to the matters in controversy. By affidavit, however, the State claimed that 1,892 State documents were privileged since their disclosure would be contrary to the interests of the State. The documents were said to comprise communications between officers administering the departments concerned.

The Privy Council decided against the State's claim for non-disclosure. The documents claimed, it said, were vital to the plaintiff's case. Besides, the privilege claimed was a narrow one to be exercised sparingly, and no further than was necessary for the protection of public interests. Lord Blanesburgh noted that the documents did not relate to the political activities of the State, but to its trading, commercial or contractual activities. While documents relating to the latter might properly not be disclosed in order to safeguard genuine public interests, the increasing extension of state activities into the spheres of business and commerce coupled with the apparently free use of the claim of privilege in relation to claims arising out of these activities, made it imperative for the courts to see to it that the scope of the privilege in such litigation should not be extended. The fact that production of the documents might prejudice the Crown's case or assist the plaintiff's did not justify the claim of privilege. "In truth", he added,

La grande divergence des opinions se dégage bien des deux arrêts qui ont lancé le débat moderne sur le sujet, savoir *Robinson v. State of South Australia*, précité, devant le Conseil privé, et *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, [1942] A.C. 624, devant la Chambre des lords.

Dans l'affaire *Robinson*, Robinson a poursuivi l'État d'Australie pour le montant des dommages subis par son blé alors qu'il était en la possession de l'État en vertu des textes de loi en matière de commercialisation du blé. Le préjudice, a-t-on allégué, résultait de la négligence des mandataires de l'État qui avaient manutentionné le blé. Afin de prouver ses allégations, Robinson a demandé et a obtenu une ordonnance exigeant la communication intégrale de la totalité des documents qui se trouvaient en la possession de l'État et qui se rapportaient aux questions en litige. L'État a cependant produit un affidavit dans lequel il faisait valoir que 1 892 de ces documents étaient privilégiés parce que leur divulgation irait à l'encontre des intérêts de l'État. On disait en fait que les documents comprenaient des communications entre les fonctionnaires chargés de l'administration des ministères concernés.

Le Conseil privé a décidé de rejeter la revendication de non-divulgation de l'État. Selon le Conseil privé, les documents en question constituaient des éléments indispensables de la preuve du demandeur. D'autre part, le privilège invoqué était de portée restreinte, ne devant s'exercer qu'avec modération et seulement dans la mesure où cela s'imposait pour la protection des intérêts publics. Lord Blanesburgh a souligné que les documents en cause concernaient non pas les activités politiques de l'État, mais ses activités commerciales ou contractuelles. Bien que la communication de documents relevant de cette dernière catégorie puisse à bon droit être refusée afin d'assurer la sauvegarde d'intérêts publics réels, en raison de la tendance de plus en plus marquée vers l'intervention étatique dans les domaines des affaires et du commerce et à cause du recours, apparemment sans borne, à la revendication de privilège relativement à des demandes découlant des activités de l'État dans ces domaines, il était devenu impératif que les

"the fact that the documents, if produced might have any such effect upon the fortunes of the litigation is of itself a compelling reason for their production—one only to be overborne by the gravest considerations of State policy or security" (p. 716).

The Board noted that a court has always had the power to inquire into the nature of the document for which protection is sought and to require some indication of the injury the State would suffer from its production. In performing this task, it added, the court may inspect the documents privately, particularly in cases where the State itself is a party. In the result, the Board concluded that the proper course there was to remit the matter to the court that heard the case with directions that it was a proper one for exercising its power to inspect the documents.

Eleven years later, in 1942, the House of Lords refused to follow the *Robinson* case in *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, *supra*. There the submarine *Thetis*, which the respondents had built for the Admiralty, sank while undergoing its submergence test, and an action in negligence was brought by representatives and dependents of those who had died in the mishap. The Crown objected to the production of several documents which revealed the structural specifications of the submarine and its condition when raised. The objection having been made in proper form, the House upheld it without any inspection of the documents.

The case was undoubtedly correctly decided. A properly framed affidavit by a Minister of the Crown objecting to giving information about the structure of equipment intended for the defence of the country must surely be treated with the utmost deference, especially in wartime. Lord Blanesburgh in *Robinson*'s case had noted that the documents should not be inspected where this could

tribunaux voient à ne pas étendre la portée du privilège dans des litiges de ce genre. Ce n'est pas parce que la production des documents pourrait nuire à la cause de Sa Majesté ou encore aider celle du demandeur qu'une revendication de privilège est justifiée. [TRADUCTION] «En vérité», a-t-il ajouté, «le fait que les documents, si on les produisait, pourraient avoir un tel effet sur le sort du litige constitue en lui-même une raison impérieuse de les produire, raison qui ne doit céder le pas que devant les considérations les plus graves de politique ou de sécurité de l'État» (p. 716).

Le Comité judiciaire a souligné que les tribunaux ont toujours été investis du pouvoir de faire enquête sur la nature du document à l'égard duquel la protection est demandée et d'exiger des précisions sur le préjudice que subirait l'État s'il était produit. En définitive, le Comité judiciaire est arrivé à la conclusion que la marche à suivre était de renvoyer l'affaire au tribunal qui l'avait entendue et de lui souligner qu'il y avait lieu d'exercer son pouvoir d'examiner les documents.

Onze ans plus tard, en 1942, la Chambre des lords a refusé de suivre l'arrêt *Robinson* dans l'affaire *Duncan v. Cammell, Laird & Co.*, précitée. Dans cette affaire, le sous-marin *Thetis*, que la société intimée avait construit pour l'Amirauté, a coulé alors qu'il subissait son essai de submersion et les représentants des victimes de l'accident ainsi que les personnes à leur charge ont intenté une action pour négligence. Sa Majesté s'est opposée à la production de plusieurs documents révélant les caractéristiques du sous-marin et son état lors de son renflouement. Puisque l'objection avait été faite dans les formes prescrites, la Chambre l'a admise sans examen des documents.

Il ne fait aucun doute que cet arrêt était bien fondé en droit. Un affidavit en bonne et due forme dans lequel un ministre de la Couronne s'oppose à fournir des renseignements sur les caractéristiques de matériel destiné à la défense nationale doit sûrement être traité avec le plus grand respect, surtout en temps de guerre. Lord Blanesburgh avait d'ailleurs souligné dans l'arrêt *Robinson* que

have the effect of itself defeating the reasons for which a privilege was claimed.

What puts the *Duncan* case at odds with its predecessor, however, was the view taken of the respective roles of the courts and of the Crown in dealing with claims for the production of state documents. In *Robinson*'s case the court's role was given pre-eminence. In *Duncan*, by contrast, the House made it clear that a ministerial objection, properly made, was conclusive. The House expressly disapproved of the order for inspection granted in *Robinson*'s case.

No longer bound by English authority, this Court soon began to dissociate itself from some of the more absolute statements in *Duncan*'s case. In *R. v. Snider*, [1954] S.C.R. 479, the Court, at the request of the prosecution, allowed production of, and oral evidence respecting, the income tax returns of the accused despite the objection of the Minister of National Revenue. The Court there clearly reiterated "the general principle that in a court of justice every person and every fact must be available to the execution of its supreme functions" in the absence of a public interest recognized as overriding it (see Rand J. at p. 482).

A similar approach was taken in *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1965] S.C.R. 73. There the Attorney General of Quebec objected on the basis of public interest to the Secretary of the Commission's divulging in the course of bankruptcy proceedings a letter written to the Commission by the bankrupt regarding the business of the bankrupt, but the Court refused to uphold this objection. By this time, the English courts themselves had begun to move away from the approach adopted in *Duncan*'s case; see *Re Grosvenor Hotel, London (No. 2)*, [1964] 3 All E.R. 354 (C.A.) Fauteux J., who gave the judgment of the majority of this Court, referred to the

les documents ne devaient pas faire l'objet d'un examen lorsque ce seul acte pouvait avoir pour effet de contrecarrer les buts d'une revendication de privilège.

Toutefois, ce à quoi tient l'incompatibilité de l'arrêt *Duncan* avec l'arrêt précédent est l'opinion exprimée relativement aux rôles respectifs des tribunaux et de Sa Majesté face à des demandes de production de documents de l'État. L'arrêt *Robinson* a donné prééminence au rôle des tribunaux. Dans l'arrêt *Duncan*, par contre, la Chambre des lords a clairement établi le caractère concluant d'une objection en bonne et due forme faite par un ministre. La Chambre a formellement désapprouvé l'ordonnance d'inspection accordée dans l'affaire *Robinson*.

N'étant plus liée par la jurisprudence anglaise, cette Cour n'a pas tardé à se distancier de certaines des déclarations les plus absolues faites dans l'arrêt *Duncan*. En effet, dans l'arrêt *R. v. Snider*, [1954] R.C.S. 479, la Cour, à la demande de la poursuite, a permis la production des déclarations d'impôt sur le revenu de l'accusé et a consenti à entendre des témoignages oraux à cet égard, et ce, en dépit de l'opposition du ministre du Revenu national. Dans cet arrêt, la Cour a clairement réitéré [TRADUCTION] «le principe général selon lequel une cour de justice, dans l'exercice de ses fonctions souveraines, doit pouvoir faire appel à toute personne et avoir à sa disposition tous les faits», à moins qu'il n'y ait un intérêt public dont on reconnaît la prépondérance sur ce principe (voir les motifs du juge Rand, à la p. 482).

Telle a été également la position prise dans l'arrêt *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, [1965] R.C.S. 73. Là, le procureur général du Québec s'est opposé, en invoquant l'intérêt public, à ce que le secrétaire de la Commission produise dans le cadre de procédures en faillite une lettre portant sur l'entreprise du failli que celui-ci avait adressée à la Commission; la Cour a écarté l'objection. Déjà à cette époque, les tribunaux anglais eux-mêmes avaient commencé à s'écarter du point de vue retenu dans l'arrêt *Duncan*; voir *Re Grosvenor Hotel, London (No. 2)*, [1964] 3 All E.R. 354 (C.A.) Le juge Fauteux, qui a rédigé les motifs des juges de la majorité en cette

latter case in concluding that the courts had the final say in deciding between the conflicting demands of the litigant and the state, or at least in determining whether a ministerial objection is well founded. He conceded that such objection would obviously be well founded in the case of military secrets, diplomatic relations, Cabinet papers and high level political decisions. But the courts' power, though it must be prudently exercised, remained nonetheless. The facts, he added, will vary from case to case; each must be determined on its own merits.

Cour, s'est référé à ce dernier arrêt en concluant qu'en dernière analyse, il appartient aux tribunaux de choisir entre les réclamations contradictoires du plaideur et de l'État ou, à tout le moins, de décider du bien-fondé d'une objection émanant d'un ministre. Il a reconnu que le bien-fondé d'une telle objection serait évident dans le cas de secrets militaires, de relations diplomatiques, de documents du Cabinet et de décisions prises par les plus hautes instances politiques. Mais le pouvoir des tribunaux, nonobstant l'obligation de l'exercer avec prudence, n'en était pas moins réel pour autant. Les faits, a précisé le juge Fauteux, varieront d'une affaire à l'autre et chacune doit être tranchée en conséquence.

It was left to the House of Lords in *Conway v. Rimmer*, *supra*, in 1968, to dispose of the more excessive views in *Duncan*'s case and to bring English law in line with that of Canada and other parts of the Commonwealth as well as that of Scotland; for the latter, see *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1. In *Conway*, a probationary constable brought action for malicious prosecution against his former superintendent. In the course of discovery, the latter revealed relevant documents in his possession which included four reports made by the defendant during the plaintiff's probationary period and a report by him to his chief constable for transmission to the Director of Public Prosecutions in connection with the prosecution of the plaintiff on a criminal charge, on which he was acquitted and on which the civil action was based. The Secretary of State for Home Affairs objected in proper form to the production of these documents on the ground that they fell within a class of documents the production of which would be injurious to the public interest. The House of Lords held that the documents should be produced for inspection and if it was found that disclosure would not be prejudicial to the public interest or that the possibility of such prejudice was insufficient to justify their being withheld, disclosure should be ordered.

Dans l'arrêt *Conway v. Rimmer*, précité, en 1968, la Chambre des lords a repoussé les plus excessives des opinions exprimées dans l'arrêt *Duncan* et a mis le droit anglais au diapason de celui du Canada et d'autres pays du Commonwealth et aussi de celui d'Écosse; pour un exemple du droit écossais, voir *Glasgow Corporation v. Central Land Board*, 1956 S.C. (H.L.) 1. Dans l'affaire *Conway*, un policier stagiaire a intenté contre son ancien surintendant une action pour poursuites abusives. Au cours de son interrogatoire préalable, le défendeur a révélé qu'il avait en sa possession des documents pertinents, dont quatre rapports établis par lui pendant le stage du demandeur ainsi qu'un rapport qu'il avait remis à son chef pour transmission au Director of Public Prosecutions, portant sur la poursuite du demandeur relativement à une accusation criminelle à l'égard de laquelle on l'avait acquitté et sur laquelle était fondée l'action civile. Le secrétaire d'État aux Affaires intérieures s'est opposé dans les formes prescrites à la production de ces documents pour le motif qu'ils relevaient d'une catégorie de documents dont la production nuirait à l'intérêt public. La Chambre des lords a conclu que les documents devaient être produits pour qu'ils puissent faire l'objet d'un examen et, si l'on décidait que leur divulgation ne serait pas préjudiciable à l'intérêt public ou que la possibilité d'un tel préjudice était trop faible pour justifier la non-divulgation, il y aurait lieu d'ordonner leur production.

The House firmly rejected the notion that the Minister's statement was final and conclusive. It was the courts that must determine the balance to be struck between the public interest in the proper administration of justice and the public interest in withholding certain documents or other evidence. Proper deference should, of course, be given to the Minister's views, particularly in relation to objections to production of particular documents on the basis of their contents, or where the Minister's reasons involve considerations that cannot properly be weighed on the basis of judicial experience. But class documents are often not of this character. For example, it noted, a court is certainly able to assess whether candour in making a report would likely be lessened by the possibility of its revelation in judicial proceedings.

In assessing whether documents should be produced or not, the court could in some cases come to a decision one way or the other on the basis of the Minister's statement alone, but in case of doubt the judge could inspect them.

The public interest in the non-disclosure of a document is not, as Thorson J.A. noted in the Court of Appeal, a Crown privilege. Rather it is more properly called a public interest immunity, one that, in the final analysis, is for the court to weigh. The court may itself raise the issue of its application, as indeed counsel may, but the most usual and appropriate way to raise it is by means of a certificate by the affidavit of a Minister or where, as in this case, a statute permits it or it is otherwise appropriate, of a senior public servant. The opinion of the Minister (or official) must be given due consideration, but its weight will vary with the nature of the public interest sought to be protected. And it must be weighed against the need of producing it in the particular case.

La Chambre a catégoriquement refusé de reconnaître à la déclaration du ministre un caractère déterminant et concluant. C'est aux tribunaux qu'il appartenait de déterminer l'importance relative à attribuer à l'intérêt qu'a le public à ce que la justice soit bien administrée et l'intérêt public à ce que la communication de certains documents ou d'autres éléments de preuve soit refusée. Il faut, bien entendu, accorder aux opinions du ministre le respect requis, particulièrement lorsqu'il s'oppose à la production de documents en raison de leur teneur ou que les raisons invoquées par lui reposent sur des considérations que les tribunaux ne sont pas en mesure d'apprécier adéquatement. Toutefois, tel est rarement le cas de documents faisant partie d'une catégorie quelconque. Par exemple, a-t-elle souligné, un tribunal est certainement en mesure de déterminer si on ferait preuve de moins de franchise en faisant un rapport si celui-ci risquait d'être divulgué au cours de procédures judiciaires.

En décidant de l'opportunité d'ordonner ou de ne pas ordonner la production de documents, le tribunal pourrait dans certains cas se fonder sur la seule déclaration du ministre, mais en cas de doute, il serait loisible au juge de procéder à une inspection.

Comme le juge Thorson l'a souligné en Cour d'appel, l'intérêt du public à ce qu'un document ne soit pas communiqué ne constitue pas un privilège de la Couronne. Il s'agit plus exactement d'une immunité d'intérêt public, d'une immunité qui, en dernière analyse, relève de l'appréciation du tribunal. Celui-ci peut lui-même soulever la question de son applicabilité, comme le peut d'ailleurs l'avocat, mais la façon la plus commune et la plus appropriée de le faire est au moyen d'un certificat sous la forme d'un affidavit d'un ministre ou d'un haut fonctionnaire lorsque, comme en l'espèce, c'est autorisé par une loi ou c'est par ailleurs indiqué. L'avis du ministre (ou du fonctionnaire) doit dûment entrer en ligne de compte, mais son poids variera en fonction de la nature de l'intérêt public que l'on cherche à protéger. Son avis doit en outre être considéré par rapport à la nécessité de produire le document dans l'affaire en question.

In the end, it is for the court and not the Crown to determine the issue. This was recently reaffirmed by this Court in *Smallwood v. Sparling*, [1982] 2 S.C.R. 686, to which I shall return. The opposite view would go against the spirit of the legislation enacted in every jurisdiction in Canada that the Crown may be sued like any other person. More fundamentally, it would be contrary to the constitutional relationship that ought to prevail between the executive and the courts in this country.

The Affidavit

In making a claim of public interest immunity, the Minister (or official) should be as helpful as possible in identifying the interest sought to be protected. Examples of how this should be done appear in *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (H.L.), and *Goguen v. Gibson*, [1983] 2 F.C. 463 (C.A.), where the Minister described with as much detail as the nature of the subject matter would allow the precise policy matters sought to be protected from disclosure.

Counsel for Carey argued that Dr. Stewart's affidavit is inadequate in that it does not set forth with sufficient particularity the interests sought to be protected. I suppose the point may be put in this way. Certainly the grounds advanced for protection are, as some cases have put it, somewhat amorphous and as Thorson J.A. pointed out, less helpful than they might be. Nonetheless, it seems to me that Thorson J.A. was correct in his view that in substance what was sought was the protection as a class of what he generally described as "Cabinet documents", i.e. documents prepared by government departments and agencies in formulating government policies, decisions made by Cabinet, and the like. That being so, Dr. Stewart did not see it as necessary to particularize the nature of the information sought to be protected as would be necessary if the claim for protection was based on the nature of the contents of the documents. Essentially what the certificate argues is that the process by which government policy is determined by the Executive Council must remain confidential whatever the policy may be and however much

Il s'agit finalement d'une question qui est à trancher par le tribunal et non pas par Sa Majesté. Cette Cour l'a récemment réaffirmé dans l'arrêt *Smallwood c. Sparling*, [1982] 2 R.C.S. 686, dont je reparlerai. Retenir le point de vue contraire irait à l'encontre de l'esprit des lois adoptées par chaque législateur du Canada, prévoyant que Sa Majesté peut être poursuivie au même titre que n'importe quelle autre personne. Plus fondamentalement, ce point de vue serait incompatible avec les rapports qui, de par la Constitution, doivent exister entre le pouvoir exécutif et les tribunaux de notre pays.

L'affidavit

Quand il invoque une immunité d'intérêt public, le ministre (ou le fonctionnaire) doit se montrer aussi coopératif que possible en précisant l'intérêt qu'il cherche à protéger. Des exemples des modalités d'une telle coopération se dégagent des arrêts *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, [1979] 3 All E.R. 700 (H.L.), et *Goguen c. Gibson*, [1983] 2 C.F. 463 (C.A.), où le ministre a décrit, en fournissant tous les détails qu'il pouvait compte tenu de la nature du sujet traité, les points de politique précis qu'il désirait protéger contre la divulgation.

L'avocat de Carey reproche à l'affidavit de M. Stewart d'être inadéquat en ce sens qu'il n'expose pas d'une façon assez détaillée les intérêts que l'on veut protéger. Or, je suppose que cet argument peut être formulé de cette façon. Certes, les raisons avancées à l'appui de la demande de protection revêtent, comme l'ont dit certaines décisions, un caractère plutôt nébuleux et, comme l'a souligné le juge Thorson de la Cour d'appel en l'espèce, ne présentent pas le degré d'utilité auquel on aurait pu s'attendre. Il me semble néanmoins que le juge Thorson a eu raison de conclure que ce qu'on cherchait en somme c'était la protection d'une catégorie de documents auxquels il a donné l'appellation générale de «documents du Cabinet», et qui se composait de documents préparés par des ministères et des organismes gouvernementaux dans la formulation de politiques du gouvernement, de documents exposant les décisions du Cabinet, etc. Dans ces circonstances, M. Stewart n'a pas vu la nécessité de préciser la nature des renseignements que l'on voulait protéger, ce qu'il aurait fallu faire si la demande de protection avait

time (save when it has become of historical interest only) has elapsed since the policy was developed. I refer in confirmation to the paragraphs of Dr. Stewart's affidavit already cited.

So viewed, the question is not so much whether the affidavit is insufficient as whether the substance of the claim is one to which the courts should give effect. Counsel for the Government put it that the issue raised was a simple question of principle. In short, may the documents be withheld from production simply because they are Cabinet documents as above described, at least where those documents are concerned with the formulation of government policy by the Cabinet? If one replies to this broad question in the negative, it may be necessary to ask whether the documents should be withheld because of the particular policy to which they refer. In that case it would be the duty of whoever makes the affidavit to give the court all the help he reasonably can. But if the question is answered in the affirmative, that would be an end to the matter. I shall, therefore, attempt to reply to the "simple question of principle" counsel for the Government asked us to address.

Rationale for Non-disclosure of Cabinet Documents

Generally speaking, a claim that a document should not be disclosed on the ground that it belongs to a certain class has little chance of success. Claims to secrecy for some classes of documents have, however, traditionally been considered valid, notable among these being documents relating to national defence or security and those regarding diplomatic relations with other countries. To some extent, though, claims regarding these documents, and particularly those dealing with defence or security, may be looked upon as akin to a "contents" claim. That, however, cannot be said of Cabinet documents which the

été fondée sur la nature de la teneur des documents. Le certificat allègue en substance que la démarche suivie par le Conseil exécutif dans l'élaboration de la politique gouvernementale doit demeurer confidentielle, quelle que soit cette politique et indépendamment du temps (sauf lorsque la politique ne revêt plus qu'un intérêt historique) écoulé depuis son élaboration. Je renvoie à titre de confirmation aux paragraphes déjà cités de l'affidavit de M. Stewart.

Dans cette optique, la question n'est pas tant de savoir si l'affidavit est insuffisant que de savoir si la nature de la réclamation est telle que les tribunaux devraient y donner effet. Selon l'avocat du gouvernement, il s'agit en l'espèce d'une simple question de principe. En bref, peut-on refuser de produire les documents simplement parce que ce sont des documents du Cabinet au sens mentionné ci-dessus, du moins en tant qu'ils se rapportent à la formulation de la politique gouvernementale par le Cabinet? Dans l'hypothèse d'une réponse négative à cette question générale, il pourrait s'avérer nécessaire de se demander s'il y a lieu de refuser de communiquer les documents en raison de la politique précise sur laquelle ils portent. En pareil cas, il serait du devoir du souscripteur de l'affidavit de prêter au tribunal toute assistance raisonnable. Une réponse affirmative, par contre, serait décisive. J'essaierai donc de répondre à la [TRADUCTION] «simple question de principe» sur laquelle l'avocat du gouvernement nous a demandé de nous pencher.

La raison d'être de la non-communication de documents du Cabinet

En règle générale, les chances sont minces qu'on puisse prétendre avec succès qu'un document ne devrait pas être communiqué en raison de la catégorie à laquelle il appartient. Toutefois, les revendications de secret à l'égard de certaines catégories de documents ont traditionnellement été tenues pour justifiées; c'est le cas notamment des documents ayant trait à la défense ou à la sécurité nationales et de ceux concernant les relations diplomatiques avec d'autres pays. Dans une certaine mesure, cependant, les réclamations touchant ces documents-là, et particulièrement ceux traitant de la défense ou de la sécurité, peuvent être rap-

cases have frequently considered as meriting the same type of protection as documents relating to national defence and diplomatic communications. That was done even in *Conway v. Rimmer* and in *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, *supra*, despite the fact that the general thrust of these cases strongly favoured disclosure. Indeed in *Conway*'s case, the impression left is that Cabinet documents should never be revealed. But it was not necessary in those cases to decide the issue and it becomes essential to analyse the reasons underlying the claim.

The principal argument for withholding the documents described in the affidavit is that their disclosure would lead to a decrease in completeness, in candour and in frankness of such documents if it were known that they could be produced in litigation and this in turn would detrimentally affect government policy and the public interest. The familiar "candour argument" is combined with the need of completeness and the fear that the freedom of Cabinet members to discuss matters of significant public concern and policy might be diminished. This may simply mean that the setting in which confidential statements are made may make them different in kind from others.

At all events, the Government's counsel in his factum put it on the following basis. The principles of joint responsibility of the members of Cabinet, and of Cabinet solidarity, are basic to Canadian constitutional law and must be maintained and preserved in the public interest. These principles, he added, would be prejudiced by disclosure of the documents and information sought to be produced in these proceedings. In Canada, the United Kingdom and elsewhere in the Commonwealth, he maintained, Cabinet documents have consistently been accorded a high degree of protection against disclosure and courts will order them inspected or

prochées d'une revendication fondée sur la «teneur». Cette observation ne s'applique cependant pas aux documents du Cabinet que la jurisprudence a souvent considérés comme méritant le même type de protection que les documents en matière de défense nationale et aux communications diplomatiques. Ce point de vue a été adopté même dans les arrêts *Conway v. Rimmer* et *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, précités, bien que, d'une manière générale, on y ait pris fermement position en faveur de la divulgation. En fait, l'arrêt *Conway* donne à entendre que les documents du Cabinet ne devraient jamais être révélés. Quoi qu'il en soit, on n'avait pas à résoudre la question dans ces affaires-là; d'où la nécessité d'analyser les raisons sous-tendant la réclamation.

L'argument principal invoqué pour la non-communication des documents énumérés dans l'affidavit est que leur divulgation aurait pour effet de les rendre moins complets à l'avenir et leur enlèverait de la franchise et de la sincérité si on les savait susceptibles de production dans le cadre d'un procès, ce qui nuirait à la fois à la politique gouvernementale et à l'intérêt public. À l'argument bien connu de la «franchise» viennent s'ajouter le souci du caractère complet et la crainte que ne soit diminuée la liberté des membres du Cabinet de discuter de questions importantes de politique et d'intérêt public. Or, il se peut qu'on entende simplement par là que le contexte dans lequel se font des déclarations confidentielles peut les rendre différentes d'autres déclarations.

Voici, en tout état de cause, comment l'a expliqué l'avocat du gouvernement dans son mémoire. Les principes de la responsabilité conjointe des membres du Cabinet et de la solidarité du Cabinet représentent des composantes fondamentales du droit constitutionnel canadien et l'intérêt public commande le maintien et la préservation de ces principes. Toujours selon l'avocat, la divulgation des documents et des renseignements dont on cherche à obtenir la production en l'espèce serait préjudiciable à ces principes. Au Canada, au Royaume-Uni et dans d'autres pays du Commonwealth, a soutenu l'avocat, les documents du Cabinet ont

produced only in the most exceptional and unusual circumstances.

I am prepared to attach some weight to the candour argument but it is very easy to exaggerate its importance. Basically, we all know that some business is better conducted in private, but generally I doubt if the candidness of confidential communications would be measurably affected by the off-chance that some communication might be required to be produced for the purposes of litigation. Certainly the notion has received heavy battering in the courts.

The House of Lords had occasion to deal with the candour argument in *Conway v. Rimmer*, albeit at a lower level of government. Lord Reid dismissed it so far as it concerned routine documents like the probation and other reports in question in that case. He failed to see how such an argument could apply to such communications within a government department when similar communications within public corporations would not be so protected. Lord Morris of Borth-Y-Gest found the proposition that candour would be affected by the knowledge that by some remote chance a document might be the subject of possible enforced production one of "doubtful validity" (p. 957). To Lord Hodson, it seemed strange that civil servants alone are supposed to be unable to be candid without the protection denied other people (p. 976). Lord Pearce indicated that there were many circumstances where the possibility of disclosure would make the writer more candid (p. 987). And Lord Upjohn found it difficult to justify non-disclosure of class documents simply on the basis of the candour argument when equally important matters of confidence in relation to security and personnel matters in other walks of life were not similarly protected (p. 995).

toujours joui d'un haut degré de protection contre la divulgation et les tribunaux n'en ordonnent l'examen ou la production que dans les circonstances les plus exceptionnelles et inhabituelles.

Je suis prêt à reconnaître un certain poids à l'argument relatif à la franchise, mais il est bien facile d'en exagérer l'importance. Nous savons tous, au fond, qu'il vaut mieux traiter certaines affaires en privé, mais, en général, je doute que la faible possibilité qu'une communication quelconque puisse avoir à être produite aux fins d'un procès ait un effet appréciable sur la franchise de communications confidentielles. Indubitablement, cette notion a été mise à rude épreuve par les tribunaux.

Dans l'affaire *Conway v. Rimmer*, la Chambre des lords a eu l'occasion de se pencher sur l'argument relatif à la franchise, mais à un palier de gouvernement moins élevé. Lord Reid a rejeté l'argument en ce qu'il visait des documents courants comme ceux portant sur le stage et d'autres rapports en cause dans cette affaire. Il ne voyait pas comment cet argument pouvait s'appliquer à de telles communications au sein d'un organisme gouvernemental alors que des communications du même genre faites dans des sociétés publiques ne bénéficieraient pas de la même protection. Lord Morris of Borth-Y-Gest a jugé [TRADUCTION] «douteuse» (p. 957) la proposition selon laquelle la franchise souffrirait si l'on savait qu'il y avait une possibilité, ne fût-ce que très faible, que la production d'un document puisse être ordonnée. Lord Hodson a trouvé étrange que seuls les fonctionnaires soient réputés incapables de s'exprimer franchement sans une protection dont ne jouit personne d'autre (p. 976). Lord Pearce a souligné que dans bien des situations l'éventualité de divulgation inciterait le rédacteur à une plus grande franchise (p. 987). Lord Upjohn pour sa part a eu de la difficulté à accepter que la non-divulgation de documents appartenant à une catégorie donnée puisse se justifier simplement par l'argument relatif à la franchise alors que la même protection n'est pas accordée à des affaires confidentielles tout aussi importantes touchant la sécurité et le personnel dans d'autres secteurs (p. 995).

The same approach was adopted in later cases of which I mention only a few. In the *Glasgow Corporation* case, *supra*, at p. 20, Lord Radcliffe made the same point more colourfully by saying he would have supposed Crown servants were "made of sterner stuff". From my experience, he would not be disappointed. And I suspect Cabinet Ministers would be incensed at the suggestion that their officials were made of sterner stuff than themselves. In 1973, Lord Salmon in *Rogers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388 (H.L.), at p. 413, described the candour argument as "the old fallacy". More recently in *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, *supra*, at p. 724, Lord Keith of Kinkel characterized the argument as "grotesque".

In both the *Gagnon* and *Conway* cases, however, Cabinet documents were looked upon in a different light than lower level official documents, and in the latter case the Law Lords dealt with the issue at some length. Most of them looked at these, we saw, as requiring a similar degree of protection as documents relating to national security and diplomatic relations. Production of Cabinet correspondence, they asserted, would never be ordered. For them this was simply obvious. Given the general attitude at the time, this is not surprising. The best explanation is that of Lord Reid. For him it was not candour but the political repercussions that might result if Cabinet minutes and the like were disclosed before such time as they were of historical interest only. He put it this way at p. 952:

> I do not doubt that there are certain classes of documents which ought not to be disclosed whatever their content may be. Virtually everyone agrees that Cabinet minutes and the like ought not to be disclosed until such time as they are only of historical interest. But I do not think that many people would give as the reason that premature disclosure would prevent candour in the Cabinet. To my mind the most important reason is that

La même position a été adoptée dans des arrêts subséquents, dont voici un échantillonnage. Dans l'arrêt *Glasgow Corporation*, précité, à la p. 20, lord Radcliffe a exprimé le même point de vue d'une façon plus pittoresque en disant qu'il aurait cru les employés de l'État [TRADUCTION] «d'une autre trempe». D'après mon expérience personnelle, il n'aurait pas eu tort. Je soupçonne d'ailleurs que les ministres s'indigneraient devant l'idée que leurs fonctionnaires étaient d'une autre trempe qu'eux. En 1973, dans l'arrêt *Rodgers v. Home Secretary*, [1973] A.C. 388 (H.L.), à la p. 413, lord Salmon a décrit comme une [TRADUCTION] «erreur tenace» l'argument relatif à la franchise. Plus récemment, dans l'arrêt *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, précité, à la p. 724, lord Keith of Kinkel a qualifié cet argument de [TRADUCTION] «saugrenu».

Dans les arrêts *Gagnon* et *Conway* cependant, les documents du Cabinet ont été considérés d'une façon différente des documents officiels émanant d'un échelon inférieur et, dans le dernier cas, les lords juges ont longuement examiné la question. En effet, nous avons constaté que la majorité des lords juges ont estimé que les documents du Cabinet doivent recevoir le même degré de protection que les documents se rapportant à la sécurité nationale et aux relations diplomatiques. Selon eux, la production de la correspondance du Cabinet ne serait ordonnée dans aucun cas. Pour eux, cela allait tout simplement de soi. Compte tenu de l'attitude prédominante à l'époque, cela n'est guère surprenant. La meilleure explication est celle fournie par lord Reid. Pour lui, ce n'était pas une question de franchise, mais plutôt des répercussions politiques qui risquaient d'en découler si les procès-verbaux du Cabinet et les documents du même genre étaient divulgués avant qu'ils ne présentent plus qu'un intérêt purement historique. Il a formulé ce point de vue ainsi, à la p. 952:

> [TRADUCTION] Je ne doute pas qu'il y a des catégories de documents qui, indépendamment de leur contenu, ne doivent pas faire l'objet de divulgation. Presque tout le monde reconnaît que les procès-verbaux du Cabinet et les documents du même genre ne devraient pas être divulgués tant que l'intérêt qu'ils présentent n'est pas purement historique. Je crois toutefois qu'il n'y en a pas beaucoup qui donneraient comme raison que la

such disclosure would create or fan ill-informed or captious public or political criticism. The business of government is difficult enough as it is, and no government could contemplate with equanimity the inner workings of the government machine being exposed to the gaze of those ready to criticise without adequate knowledge of the background and perhaps with some axe to grind. And that must, in my view, also apply to all documents concerned with policy making within departments including, it may be, minutes and the like by quite junior officials and correspondence with outside bodies. Further it may be that deliberations about a particular case require protection as much as deliberations about policy. I do not think that it is possible to limit such documents by any definition.

While some of these remarks may seem somewhat dated, I would agree that the business of government is sufficiently difficult that those charged with the responsibility for running the country should not be put in a position where they might be subject to harassment making Cabinet government unmanageable. What I would quarrel with is the absolute character of the protection accorded their deliberations or policy formulation without regard to subject matter, to whether they are contemporary or no longer of public interest, or to the importance of their revelation for the purpose of litigation. Subsequent cases have addressed these issues.

The Decline of Absolute Protection

The idea that Cabinet documents should be absolutely protected from disclosure has in recent years shown considerable signs of erosion. This development began in the United States in the famous case of *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), where a subpoena was directed to the former President of that country to produce tape recordings and documents relating to certain conversations and meetings between him and others. The President, claiming executive privilege, filed a motion to have the subpoena quashed, but the

divulgation prématurée constituerait une entrave à la franchise au sein du Cabinet. À mon avis, la raison la plus importante est qu'une telle divulgation susciterait ou attiserait des critiques publiques ou politiques mal fondées ou spécieuses. Il est déjà assez difficile de gouverner et aucun gouvernement ne pourrait envisager avec équanimité que les rouages internes de l'appareil gouvernemental soient exposés au regard de ceux qui sont prêts à critiquer sans pourtant posséder une connaissance suffisante des faits et qui agissent peut-être dans leur intérêt personnel. Et, selon moi, il en va de même de tous les documents touchant l'élaboration de politiques à l'intérieur des ministères, y compris, éventuellement, les procès-verbaux, même rédigés par des fonctionnaires subalternes et la correspondance avec des organismes externes. Il se peut en outre que les délibérations sur un cas précis aient besoin de protection au même titre que les délibérations en matière de politique. Je ne pense pas qu'il soit possible de limiter ces documents par une définition.

Quoique certaines de ces observations puissent sembler quelque peu désuettes, je suis d'accord que gouverner est à ce point difficile que les personnes chargées de la direction du pays ne devraient pas être placées dans une situation où elles pourraient faire l'objet d'un harcèlement qui rendrait impossible le gouvernement par le Cabinet. Je conteste toutefois le caractère absolu de la protection qu'on accorde aux délibérations du Cabinet ou à l'élaboration de politiques, sans égard au sujet en cause, sans se demander si elles sont d'actualité ou si elles ne présentent plus aucun intérêt pour le public, ou sans tenir compte de l'importance que leur divulgation peut avoir dans un procès. Ces questions ont été abordées dans des affaires subséquentes.

Le déclin de la protection absolue

Depuis quelques années, l'idée que les documents du Cabinet doivent jouir d'une protection absolue contre la divulgation semble être nettement en perte de vitesse. Cette tendance a été amorcée aux États-Unis par l'affaire célèbre *United States v. Nixon*, 418 U.S. 683 (1974), dans laquelle l'ancien président de ce pays a été sommé par voie de *subpœna* de produire des enregistrements sur bande magnétique et des documents se rapportant à certaines conversations et réunions entre lui et d'autres personnes. Le Président, invoquant le privilège du pouvoir exécutif, a présenté une requête en annulation du *subpœna*, mais la

Supreme Court of the United States, affirming the courts below, rejected the President's claim.

While there are important differences between the governmental structure of the United States and that of this country, the underlying values concerned are much the same. Consistent with the law in this country, the Court observed that, while it would accord great deference to presidential views, the judiciary, not the President, was the final arbiter of a claim of privilege. In doing this, a court was bound to weigh the conflicting interests.

The Court recognized the need to protect communications between high government officials. It gave some weight to the candour argument, but it also noted the importance of protecting the President from being harassed by vexatious and unnecessary subpoenas.

On the other hand, the need for confidentiality in government, the court thought, must be weighed against the historic commitment to the rule of law. The integrity of the judicial system and public confidence in it depended on full disclosure of all facts within the framework of the rules of evidence, particularly in criminal matters.

In weighing the competing interests, the Court took account of the fact that the claim to confidentiality was general in nature. It could not be concluded that presidential advisors would be moved to temper their candour by the infrequent occasions of disclosure in judicial proceedings. By contrast, the production of evidence in criminal proceedings was specific and central to the fair adjudication of a particular case.

The Court also took into account that the claim, as in the case here, was made solely on the basis that confidentiality was required to secure the decision-making process generally, not to protect the revelation of any particular action or policy.

Cour suprême des États-Unis a confirmé la conclusion des tribunaux d'instance inférieure et rejeté la requête.

Il existe certainement d'importantes différences de structure gouvernementales entre les États-Unis et le Canada, mais les valeurs qui les sous-tendent sont sensiblement les mêmes. Prenant une position bien en harmonie avec le droit canadien, la cour a fait remarquer que, bien qu'elle accorde le plus grand respect aux opinions du Président, c'est au pouvoir judiciaire et non pas au Président qu'il appartient de statuer en dernière instance sur une revendication de privilège. Ce faisant, le tribunal est tenu de prendre en considération les intérêts opposés.

La cour a reconnu la nécessité de protéger les communications entre personnes occupant des charges importantes dans le gouvernement. Elle a accordé un certain poids à l'argument relatif à la franchise, mais elle a aussi souligné l'importance de protéger le Président contre tout harcèlement par des *subpœnas* vexatoires et inutiles.

D'un autre côté, la nécessité d'assurer la confidentialité au sein du gouvernement, selon la cour, doit être soupesée par rapport à la reconnaissance historique de la suprématie du droit. L'intégrité du système judiciaire et la confiance du public en celui-ci dépendaient de la divulgation intégrale de tous les faits dans les limites prescrites par les règles de la preuve, particulièrement en matière pénale.

En pesant les intérêts opposés, la cour a pris en considération le caractère général de la confidentialité invoquée. On ne pouvait conclure que les cas peu fréquents de divulgation au cours de procédures judiciaires amèneraient les conseillers du Président à faire preuve de moins de franchise. La production de preuves dans des procédures criminelles, par contre, relevait proprement du règlement équitable d'une affaire donnée et constituait un élément essentiel de ce règlement.

La cour a tenu compte également de ce que, comme en l'espèce, la revendication avait pour seul fondement la nécessité de la confidentialité pour protéger le processus décisionnel en général, et non pas pour empêcher la révélation d'un acte ou d'une politique en particulier.

In the United Kingdom, the erosion of the notion of absolute protection of Cabinet documents from disclosure began the following year with the case of *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484. Mr. R.H.S. Crossman, who had been a Cabinet Minister from 1964 to 1970, had throughout that period kept diaries with a view to writing his memoirs for the purposes of publication. The memoirs contained details of Cabinet discussions and disclosed differences between Cabinet Ministers on particular issues. After Mr. Crossman's death, the defendants, a book publisher and a newspaper, by arrangement with his literary executors, proposed to publish the memoirs. However, objection was made to their publication by the Secretary of the Cabinet, and the Attorney General sought to obtain two permanent injunctions restraining their publication.

The Attorney General contended that all papers, discussions and proceedings of Cabinet were confidential and the court should restrain their disclosure. The basis of that contention was that the confidential character of those materials derived from the convention of joint Cabinet responsibility whereby any policy decision reached by the Cabinet had to be supported thereafter by all its members whether they approved of it or not, unless they felt compelled to resign. Accordingly Cabinet proceedings could not be referred to outside the Cabinet in such a way as to disclose the attitude of individuals in arguments preceding a decision because this would inhibit free and open discussion in the Cabinet in the future. The Attorney General also contended that advice tendered to Ministers by civil servants and personal observations made by Ministers regarding their capacity and suitability were also confidential and could equally be restrained by the court.

Lord Widgery C.J. agreed that the views expressed by Ministers in Cabinet are confidential and their disclosure may be restrained where this

Au Royaume-Uni, l'arrêt *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, [1975] 3 All E.R. 484, rendu l'année suivante, a marqué le commencement de l'érosion de la notion de la protection absolue des documents du Cabinet contre la divulgation. M. R.H.S. Crossman, ministre de 1964 à 1970, avait pendant toute cette période tenu des journaux en vue de la rédaction de ses mémoires pour publication. Les mémoires contenaient des détails concernant les discussions du Cabinet et révélaient les différends qui avaient surgi entre ministres sur certaines questions. Après la mort de M. Crossman, les défendeurs, une maison d'édition et un journal, conformément à une entente intervenue avec les exécuteurs littéraires du défunt, se proposaient de publier les mémoires. Le secrétaire du Cabinet s'est toutefois opposé à leur publication et le procureur général a sollicité deux injonctions permanentes pour empêcher leur publication.

Le procureur général a fait valoir que tous les documents, toutes les discussions et tous les procès-verbaux du Cabinet étaient confidentiels et que le tribunal devait en empêcher la divulgation. Le fondement de cet argument était que le caractère confidentiel de tout cela découlait de la convention de la responsabilité conjointe des membres du Cabinet, convention suivant laquelle toute décision en matière de politique prise par le Cabinet devrait par la suite recevoir l'appui de tous ses membres, qu'ils l'aient ou non approuvée, à moins qu'ils ne se sentent obligés de donner leur démission. Par conséquent, les délibérations du Cabinet ne pouvaient pas être mentionnées en dehors des réunions du Cabinet de manière à révéler les positions individuelles dans les débats précédant une décision parce que cela constituerait dans l'avenir une entrave à des discussions libres et ouvertes au sein du Cabinet. Le procureur général a fait valoir en outre que les conseils offerts aux ministres par des fonctionnaires ainsi que les observations personnelles de ministres concernant leurs aptitudes et leur compétence étaient également confidentiels et tout aussi susceptibles d'être frappés d'une interdiction de divulgation prononcée par le tribunal.

Le lord juge en chef Widgery a été d'accord que les opinions exprimées par des ministres au cours des réunions du Cabinet sont confidentielles et que

is clearly necessary in the public interest. He also accepted that the maintenance of the doctrine of joint responsibility within the Cabinet is in the public interest. However, the precise degree of confidentiality pertaining to Cabinet discussion, he found, was not entirely clear. There was no question that a court would restrain a person from disclosing information that affected national security or in other extreme cases. But the Attorney General faced serious difficulties in relying on the public interest in non-disclosure generally. While the application of the doctrine of joint responsibility might be prejudiced by premature disclosure of views, there must, Lord Widgery C.J. stated, be some time after which the confidential character of the information, and the duty of the court to restrain publication, would lapse. The precise point at which material loses its confidentiality may be extremely difficult to determine in a particular case. However, he rejected the suggestion that there should be an arbitrary period of thirty years. Rather he put the matter simply in this way at p. 496.

> The question for the court is whether it is shown that publication now might damage the doctrine notwithstanding that much of the action is up to 10 years old and three general elections have been held meanwhile.

He concluded that it would not.

There is a difference, however, between refusing to restrain disclosure and compelling disclosure and it is interesting that Lord Widgery C.J. thought it quite clear that no court would compel the production of Cabinet papers in the course of discovery in an action. As in *Conway v. Rimmer*, however, the question was not before the Court. Indeed, up to that time so far as I am aware, the only case in which that view was ever acted upon was in *Lanyon Pty. Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1974), 129 C.L.R. 650, where Menzies J. of the High Court of Australia held in an action of compensation for land that Cabinet documents

leur divulgation peut être empêcher lorsque l'intérêt public l'impose manifestement. De plus, il a accepté l'idée qu'il est dans l'intérêt public de sauvegarder le principe de la responsabilité conjointe du Cabinet. Il a toutefois constaté que le degré précis de confidentialité relative aux discussions du Cabinet n'était pas parfaitement clair. Sans nul doute un tribunal empêcherait la divulgation de renseignements touchant la sécurité nationale et interviendrait aussi dans d'autres cas extrêmes. Mais, dans la mesure où il soutenait que l'intérêt public commandait une interdiction générale de divulgation, le procureur général se heurtait à des difficultés majeures. Bien que la divulgation prématurée d'opinions puisse nuire à l'application du principe de la responsabilité conjointe, il doit, affirme le lord juge en chef Widgery, exister un délai passé lequel les renseignements perdraient leur caractère confidentiel et l'obligation du tribunal d'empêcher la publication s'éteindrait. Or, le moment précis auquel des documents cessent d'être confidentiels peut être extrêmement difficile à déterminer dans un cas donné. Il a néanmoins écarté la proposition d'un délai arbitraire de trente ans et a dit simplement ceci, à la p. 496:

> [TRADUCTION] La question à trancher par la cour est donc de savoir si on a établi que la publication immédiate risquerait de porter atteinte à la doctrine, même si une bonne partie des événements en question remontent à dix ans et qu'il y ait eu dans cet intervalle trois élections générales.

Il a conclu par la négative.

Il y a toutefois une différence entre le refus d'empêcher la divulgation et le fait d'ordonner la divulgation et, chose intéressante, le lord juge en chef Widgery a tenu pour bien évident qu'aucun tribunal n'ordonnerait la communication préalable de documents du Cabinet dans le cadre d'une action en justice. Pas plus que dans l'affaire *Conway v. Rimmer*, cependant, la cour n'était pas saisie de cette question. En fait, jusqu'alors, autant que je sache, l'affaire *Lanyon Pty. Ltd. v. Commonwealth of Australia* (1974), 129 C.L.R. 650, était la seule dans laquelle on avait jamais appliqué ce point de vue. Dans cette action en indemnisation pour des biens-fonds, le juge Menzies de la Haute Cour d'Australie a conclu que, dans l'inté-

related to the matter should not be disclosed in the public interest.

It was in Australia, however, that the next stage of development took place. In *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.), a private prosecutor had laid an information alleging that Mr. Whitlam, the former Prime Minister, and three former Cabinet colleagues had committed an offence against s. 86 of the *Crimes Act* and had been involved in a conspiracy at common law. The charges arose out of activities taken while the accused had been members of the Australian Cabinet.

In the course of the proceedings, a number of subpoenae *duces tecum* were issued on behalf of the prosecutor seeking production of various documents, including Cabinet documents, and communications between Ministers and departments and others. The Commonwealth objected to the production of some of these documents on the ground that disclosure would impede the proper functioning of the executive branch of government and the public service. As here, the objection was made not on the basis that disclosure of the contents would harm the national interest, but on the basis of the class to which they belonged. The magistrate upheld the objection and refused to order production of the documents. The prosecutor then brought an action for declarations that the documents be produced. The case was ultimately heard by the High Court of Australia which concluded that the documents should be produced.

The principal judgment, delivered by Gibbs A.C.J., is a veritable textbook on the subject. Dealing with the arguments traditionally advanced for non-disclosure of Cabinet documents, he noted that while some judges find the candour argument unconvincing, he did not find it altogether unreal that in some matters at least communications between Ministers and public servants might be more frank and candid if those concerned believed they were protected from disclosure. However, he did not think this consideration was sufficient to justify a grant of complete immunity from disclosure. Similarly, referring to the statement of Lord Reid above cited, he thought it was inherent in the

rêt public, les documents du Cabinet s'y rapportant ne devaient pas être divulgués.

C'est en Australie toutefois que l'étape suivante a été franchie. Dans l'affaire *Sankey v. Whitlam* (1978), 21 A.L.R. 505 (H.C.), un poursuivant privé avait déposé une dénonciation alléguant que M. Whitlam, l'ex-premier ministre, et trois anciens collègues du Cabinet avaient commis une infraction à l'art. 86 de la *Crimes Act* et avaient participé à un complot de *common law*. Les accusations tiraient leur origine d'activités auxquelles les accusés s'étaient livrés alors qu'ils étaient membres du Cabinet australien.

Au cours des procédures, plusieurs *subpœnas duces tecum* exigeant la production de divers documents, y compris des documents du Cabinet, et de communications entre ministres et ministères et autres, ont été lancés pour le compte du poursuivant. Le Commonwealth s'est opposé à la production de plusieurs de ces documents pour le motif que la divulgation gênerait le bon fonctionnement du pouvoir exécutif et de la fonction publique. Comme c'est le cas en l'espèce, l'objection se fondait non pas sur le préjudice que la divulgation de la teneur des documents porterait à l'intérêt national, mais sur la catégorie à laquelle appartenaient ces documents. Le magistrat a accueilli l'objection et a refusé d'ordonner la production des documents. Le poursuivant a alors intenté une action tendant à l'obtention d'un jugement ordonnant la production. La cause a finalement été entendue par la Haute Cour d'Australie qui a conclu que les documents devaient être produits.

Le jugement principal, rédigé par le juge en chef adjoint Gibbs, constitue un véritable traité en la matière. Dans une analyse des arguments traditionnellement avancés pour la non-divulgation de documents du Cabinet, il a fait remarquer que, quoique certains juges trouvent peu convaincant l'argument relatif à la franchise, pour sa part, il ne jugeait pas entièrement invraisemblable que, sur certaines questions du moins, les communications entre ministres et fonctionnaires pourraient être plus franches et ouvertes si ces personnes se croyaient à l'abri de la divulgation. Selon lui, toutefois, cette considération ne suffisait pas pour justifier une immunité totale. De même, il s'est

nature of things that government at a high level cannot function without some degree of secrecy. But here again he did not think the public interest required that all high level government documents should be protected from disclosure irrespective of their subject matter. Consistently with these views, Stephen J. noted that there were no static rules for classifying one class of documents as being immune from disclosure; it was simply one of the variables to take into account in balancing the relevant public interests.

Nor, the Court thought, should protection from disclosure last forever. The length of time the immunity should last would depend on the subject matter. The statement in *Conway v. Rimmer* that Cabinet documents should not be disclosed at least until they become of historical interest only was out of keeping with the principle enunciated in that case, namely, that documents should be withheld from disclosure only, and to the extent, that the public interest renders it necessary. The matters with which the documents in that case dealt with had occurred over three years before and were no longer of continuing significance.

Gibbs A.C.J. made another significant point. He underlined that "a rule of evidence designed to serve the public interest" should not "become a shield to protect wrongdoing by ministers in the execution of their office" (p. 532). Stephen J. elaborated on this issue. In some cases, he observed, it is important that disclosure be given to support the very purpose that non-disclosure is intended to support, i.e., the proper functioning of government. In that case, the charge of misbehaviour in the conduct of government operations made it important in the public interest that the documents be revealed.

référé à la déclaration précitée de lord Reid, se disant d'avis qu'il était dans l'ordre des choses que le gouvernement ne puisse fonctionner à ses échelons les plus élevés sans une certaine mesure de secret. Mais, là encore, il a estimé qu'il n'était pas nécessaire dans l'intérêt public que tous les documents émanant des plus hautes instances gouvernementales soient protégés contre la divulgation, indépendamment de leur contenu. Dans la même veine, le juge Stephen a souligné l'absence de règles figées permettant de qualifier d'exempte de communication une catégorie donnée de documents; la catégorie ne représentait qu'un des éléments à prendre en considération dans l'évaluation des intérêts publics en cause.

La cour a estimé en outre que la protection contre la divulgation ne devait pas durer indéfiniment. En effet, la durée de l'immunité serait fonction de la teneur des documents. Quand on affirmait dans l'arrêt *Conway v. Rimmer* que les documents du Cabinet ne devaient pas être divulgués tant que l'intérêt qu'ils présentaient n'était pas purement historique, on allait à l'encontre du principe énoncé dans ce même arrêt selon lequel la divulgation de documents doit être refusée seulement dans la mesure où l'intérêt public le commande. Les questions sur lesquelles portaient les documents dont il s'agissait dans cette affaire-là remontaient à plus de trois ans auparavant et n'avaient plus d'importance réelle.

Le juge en chef adjoint Gibbs a fait une autre observation importante. Il a souligné que [TRADUCTION] «une règle de preuve conçue pour servir l'intérêt public» ne devrait pas [TRADUCTION] «devenir un bouclier qui protège les ministres qui se rendent coupables de fautes dans l'exercice de leurs fonctions» (p. 532). Le juge Stephen a approfondi ce point. Dans certains cas, a-t-il fait remarquer, il importe qu'il y ait divulgation afin d'atteindre le but même qui est censé constituer la raison d'être de la non-divulgation, c.-à-d. le bon fonctionnement du gouvernement. Dans cette affaire, on se trouvait en présence d'une accusation de prévarication dans la conduite des activités du gouvernement et, par conséquent, il importait dans l'intérêt public que les documents soient communiqués.

The general flavour of the case may be rendered by the following remarks of Stephen J. at p. 534, with which I am in complete agreement:

On the one hand, a measure of secrecy must surround at least some aspects of what has been called the counsels of the Crown; the Executive Government of the Commonwealth should, in those cases where real need arises, be able to preserve the confidentiality both of information which it possesses and of advice which it receives. On the other hand, in civil and criminal cases alike, the course of justice must not be unnecessarily impeded by claims to secrecy and those who, with the Governor-General, exercise the executive power of the Commonwealth, Ministers of the Crown acting in exercise of their offices, should, in common with those officers of the public service of the Commonwealth who advise them, be as amenable to the general law of the land as are ordinary citizens.

Though the *Whitlam* case involved a criminal prosecution, the Court, as the last quotation reveals, saw no difference in principle between criminal and civil cases. The following year, the House of Lords in *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, *supra*, also concluded that a court, in certain circumstances, might order the production of high level government documents—high level in that they were concerned with the formulating of government policy and that they involved the inner workings of the government. It was, as well, a civil case, one moreover that did not involve "special circumstances" such as criminal activities or other improprieties described by the Divisional Court. On the basis of this case, then, the Court of Appeal in the present case was quite right in rejecting the concept of special circumstances.

In the *Burmah Oil* case, Burmah Oil sued the Bank alleging that a sale of certain shares to the Bank should be set aside as an unconscionable transaction. Negotiations between the company and the Bank, which acted pursuant to government policy, were made at a time when Burmah Oil was in serious financial difficulties. Various documents disclosing the government's role in the transaction appeared on the Bank's list of documents in the litigation. At the request of the Crown, the Bank objected to discovery of a number of these docu-

Les remarques suivantes du juge Stephen, à la p. 534, donnent le sens général de l'arrêt et je les partage entièrement:

[TRADUCTION] D'un côté, au moins certains aspects de ce qu'on appelle les délibérations de la Couronne doivent bénéficier d'un certain degré de secret; le pouvoir exécutif du Commonwealth doit pouvoir, dans les cas où il en est réellement besoin, préserver le caractère confidentiel à la fois des renseignements qu'il a en sa possession et des conseils qu'il reçoit. Par ailleurs, aussi bien en matière civile qu'en matière criminelle, il faut que la justice puisse suivre son cours sans être indûment entravée par des revendications de secret; il faut en outre que les personnes qui, de concert avec le gouverneur général, exercent le pouvoir exécutif du Commonwealth, savoir les ministres de la Couronne dans l'exercice de leurs fonctions, soient, comme le sont les fonctionnaires du Commonwealth qui les conseillent, assujettis au droit général du pays au même titre que les simples citoyens.

Bien qu'il se soit agi dans l'affaire *Whitlam* d'une poursuite criminelle, il ressort du dernier passage cité que la cour ne voyait aucune différence de principe entre les causes criminelles et les causes civiles. L'année suivante, dans l'arrêt *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, précité, la Chambre des lords a elle aussi conclu qu'un tribunal pouvait, dans certaines circonstances, ordonner la production d'importants documents gouvernementaux importants en ce sens qu'ils concernaient l'élaboration de politiques gouvernementales et qu'ils révélaient les rouages internes du gouvernement. C'était en outre une affaire civile qui, du reste, ne comportait pas de [TRADUCTION] «circonstances spéciales» telles que des activités criminelles ou d'autres méfaits décrits par la Cour divisionnaire. Compte tenu donc de cet arrêt, c'est à bon droit que la Cour d'appel a écarté en l'espèce le concept des circonstances spéciales.

Dans l'affaire *Burmah Oil*, Burmah Oil a intenté contre la Banque une action alléguant que la vente de certaines actions à la Banque devait être annulée parce qu'elle constituait une opération abusive. Les négociations entre la société et la Banque, qui a agi conformément à une politique gouvernementale, se sont déroulées à une époque où Burmah Oil éprouvait de graves difficultés financières. Divers documents précisant le rôle joué par le gouvernement dans l'opération figuraient sur la liste de documents produite par la

ments. A certificate by the Chief Secretary to the Treasury claimed privilege on the ground that he had concluded that the production of the documents would be injurious to the public interest because it was necessary to the proper functioning of the public service that they be withheld. The documents included high level ministerial papers relating to government policy (i.e. memoranda of meetings attended by Ministers) and inter-departmental communications between senior government officials. The documents were said to belong to a class relating to the formulation of government policy on important economic and financial matters.

Unlike the situation in the present case, the certificate was not "amorphous", but specific and motivated. The Minister had not contented himself with a claim of a blanket character that such documents should not be revealed in the public interest. Rather, he had fully set forth why they should be withheld, namely, that they concerned discussions at a very high level of specific government policies, policies identified as being of the highest national and political importance. The case, therefore, involved circumstances of far greater sensitivity than those in the present case.

All the Law Lords were agreed that there was no rule of law that a claim of immunity from production of Cabinet documents was conclusive. Whether the documents should be revealed or not was a question for the court.

Sankey v. Whitlam, *supra*, was cited with approval. A majority thought (Lord Wilberforce dissenting) that the action was not concerned with the policy reasons for rescuing Burmah Oil but with an alleged unconscionable transaction taken within the confines of that policy. The majority also concluded that a reasonably probable case had been made out that the documents contained material relevant to issues in the action. That being

Banque au cours du procès. À la demande de la Couronne, la Banque s'est opposée à la communication de plusieurs de ces documents. Le secrétaire principal du Trésor a produit un certificat dans lequel il invoquait le privilège pour le motif que, à son avis, la production des documents nuirait à l'intérêt public parce que leur non-divulgation était nécessaire pour la bonne marche de la fonction publique. Il s'agissait notamment d'importants documents ministériels ayant trait à la politique gouvernementale (c.-à-d. des procès-verbaux de réunions auxquels avaient assisté des ministres) et de communications interministérielles entre hauts fonctionnaires. Les documents en cause, prétendait-on, appartenaient à une catégorie de documents qui se rapportaient à l'élaboration de politiques gouvernementales sur des questions importantes relevant des domaines économique et financier.

À la différence de la situation présente, le certificat, loin d'être «nébuleux», était précis et motivé. Le ministre ne s'était pas contenté d'une allégation globale que l'intérêt public exigeait la non-communication de tels documents. Au contraire, il avait fait un exposé complet de la raison pour laquelle la communication devait être refusée, savoir que les documents concernaient des discussions tenues à un échelon très élevé sur des politiques gouvernementales précises, lesquelles étaient présentées comme revêtant la plus grande importance nationale et politique. La situation était donc beaucoup plus délicate que celle en l'espèce.

Tous les lords juges ont convenu qu'il n'y avait aucun principe de droit voulant qu'une réclamation d'exemption de communication de documents du Cabinet soit concluante. C'est au tribunal qu'il appartenait de décider de l'opportunité de divulguer ou de ne pas divulguer des documents.

Les lords juges ont cité et approuvé l'arrêt *Sankey v. Whitlam*, précité. La majorité a estimé (lord Wilberforce étant dissident) que l'action portait non pas sur les raisons de politique sous-tendant la décision de venir en aide à Burmah Oil, mais sur une opération qu'on prétendait abusive intervenue dans le cadre de cette politique. La majorité a conclu en outre qu'on avait prouvé l'existence d'une probabilité raisonnable que les

so, the court had a discretion to review the Crown's claim of privilege. In doing so, it had to balance the competing interests of preventing harm to the public service against the public interest in the administration of justice, and could inspect the documents privately to determine where the balance of interest lay. Having inspected them, however, the Law Lords concluded that the documents did not contain material necessary for disposing fairly of the case and therefore upheld the Crown's objection to their disclosure.

It is obvious that Lord Wilberforce accepted the newer approach with reluctance, but the majority was more favourably disposed towards disclosure for a variety of reasons. Lord Edmund-Davies, for example, underlined that the party objecting to disclosure was "not a wholly detached observer of events"; the government, he noted, had "a very real and lively interest" in the result of the proceedings (p. 720). Lord Keith of Kinkel emphasized that the whole context must be examined. In particular, he observed, "Details of an affair which is stale and no longer of topical significance might be capable of disclosure without risk of damage to the public interest" (p. 725); see also Lord Scarman, at p. 733. Lord Keith also noted the significance of the modern trend to more open government. While it is for Parliament to determine how far this trend should go, it is not a matter of indifference to the courts. As he put it at p. 725:

> There can be discerned in modern times a trend towards more open governmental methods than were prevalent in the past. No doubt it is for Parliament and not for courts of law to say how far that trend should go. The courts are, however, concerned with the consideration that it is in the public interest that justice should be done and should be publicly recognised as having been done. This may demand, though no doubt only in a very limited number of cases, that the inner workings of government should be exposed to public gaze, and there

documents renferment des renseignements qui se rapportaient aux questions soulevées par l'action. Cela étant, la cour jouissait d'un pouvoir discrétionnaire d'examiner la revendication de privilège avancée par Sa Majesté. Dans l'exécution de cette tâche, elle devait évaluer deux intérêts opposés, celui qu'il y avait à empêcher qu'il ne soit porté atteinte au service public et l'intérêt qu'a le public dans l'administration de la justice; à cette fin, elle pouvait examiner les documents en privé afin de déterminer lequel de ces intérêts l'emportait. Après avoir procédé à leur examen toutefois, les lords juges sont arrivés à la conclusion que les documents ne contenaient pas de données nécessaires à un règlement équitable du litige et, par conséquent, ont retenu le point de vue de Sa Majesté qui s'était opposée à leur divulgation.

Il appert que c'est avec hésitation que lord Wilberforce a accepté la tendance plus récente, mais la majorité, pour différentes raisons, a été plus disposée à permettre la divulgation. Lord Edmund-Davies, par exemple, a souligné que la partie qui s'opposait à la divulgation [TRADUCTION] «n'était pas le témoin entièrement désintéressé d'événements»; le gouvernement, a-t-il ajouté, avait un «intérêt [. . .] à la fois très réel et très vif» dans l'issue des procédures (p. 720). Lord Keith of Kinkel a insisté sur la nécessité d'examiner tout le contexte. En particulier, il a fait remarquer que, [TRADUCTION] «les détails d'une affaire passée qui n'est plus d'actualité pourraient être divulgués sans risque de préjudice à l'intérêt public» (p. 725); voir également lord Scarman, à la p. 733. Lord Keith a aussi mentionné en outre l'importance de la tendance moderne vers un gouvernement plus ouvert. Quoique la détermination des limites de cette tendance soit du ressort du Parlement, les tribunaux ne sauraient en faire abstraction. Comme il l'a dit, à la p. 725:

> [TRADUCTION] On peut constater à l'époque moderne une tendance vers un mode de gouvernement plus ouvert que ce n'était le cas dans le passé. Sans doute, c'est au Parlement et non pas aux cours de justice d'établir où cette tendance devrait aboutir. Les tribunaux ont toutefois présent à l'esprit qu'il est dans l'intérêt public que justice soit faite et que le public reconnaisse que justice a été faite. Or, cela peut nécessiter, quoique sans doute seulement dans un nombre fort restreint de cas, que les rouages internes du gouvernement soient exposés au

may be some who would regard this as likely to lead, not to captious or ill-informed criticism, but to criticism calculated to improve the nature of that working as affecting the individual citizen.

Lord Scarman eloquently set forth the need for disclosure and distinguished between objections on the basis of class and content at p. 733:

A Cabinet minute, it is said, must be withheld from production. Documents relating to the formulation of policy at a high level are also to be withheld. But is the secrecy of the 'inner workings of the government machine' so vital a public interest that it must prevail over even the most imperative demands of justice? If the contents of a document concern the national safety, affect diplomatic relations or relate to some state secret of high importance, I can understand an affirmative answer. But if they do not (and it is not claimed in this case that they do), what is so important about secret government that it must be protected even at the price of injustice in our courts?

(Emphasis added.)

Once again English judicial attitude was adapted to conform with more liberal developments in other parts of the Commonwealth. In this approach, it was soon joined by the New Zealand Court of Appeal in *Environmental Defence Society Inc. v. South Pacific Aluminium Ltd.*, [1981] 1 N.Z.L.R. 146.

In Canada, however, the former attitude prevailed until the early 1980s. Until then, dicta can be found in several appeal courts to the effect that Cabinet documents are not open to disclosure until they become of historical interest; see *R. and Vanguard Hutterian Brethren Inc.* (1979), 97 D.L.R. (3d) 86 (Sask. C.A.); *Smerchanski v. Lewis*, *supra*. *R. in Right of Alberta v. Mannix*, [1981] 5 W.W.R. 343 (Alta. C.A.) showed somewhat more openness, but it was not until *Gloucester Properties Ltd. v. R.* (1981), 24 C.P.C. 82 that the new trend was adopted in a Canadian court. There Nemetz C.J., speaking for the British Columbia Court of Appeal, accepted the view that Cabinet minutes and discussions are not subject to absolute privilege. The claim of privilege, he

regard public, et d'aucuns pourraient estimer que cela amènera probablement, non pas des critiques spécieuses ou mal fondées, mais des critiques susceptibles d'améliorer le fonctionnement du gouvernement en tant qu'il touche les particuliers.

Lord Scarman a défendu avec éloquence la nécessité de la divulgation et a fait une distinction entre les objections fondées sur la catégorie et celles fondées sur la teneur, à la p. 733:

[TRADUCTION] Un procès-verbal du Cabinet doit, dit-on, être exempt de production. Il en va de même des documents ayant trait à l'élaboration de politiques à des échelons élevés. Mais le secret des «rouages internes de l'appareil gouvernemental» représente-t-il un intérêt public à ce point vital qu'il doit l'emporter sur les exigences mêmes les plus impératives de la justice? Si la teneur d'un document intéresse la sûreté nationale, touche les relations diplomatiques ou se rapporte à quelque secret d'État extrêmement important, je conçois qu'on y réponde par l'affirmative. Mais si ce n'est pas le cas (et on ne dit pas le contraire en l'espèce), le secret en matière gouvernementale revêt-il une importance telle qu'il doit être protégé même au prix d'injustice devant nos tribunaux?

(C'est moi qui souligne.)

Une fois de plus les tribunaux anglais ont su s'aligner sur l'orientation plus libérale d'autres pays du Commonwealth. La Cour d'appel de la Nouvelle-Zélande n'a pas tardé à en faire autant dans l'arrêt *Environmental Defence Society Inc. v. South Pacific Aluminium Ltd.*, [1981] 1 N.Z.L.R. 146.

Au Canada, cependant, les vieilles attitudes ont persisté jusqu'au début des années 80. Jusqu'alors plusieurs cours d'appel avaient exprimé l'opinion que les documents du Cabinet ne sont susceptibles de divulgation que du moment qu'ils ne revêtent plus qu'un intérêt historique; voir *R. and Vanguard Hutterian Brethren Inc.* (1979), 97 D.L.R. (3d) 86 (C.A. Sask.); *Smerchanski v. Lewis*, précité. Certes, l'arrêt *R. in Right of Alberta v. Mannix*, [1981] 5 W.W.R. 343 (C.A. Alb.) manifeste une attitude un peu plus libérale, mais ce n'est que dans l'arrêt *Gloucester Properties Ltd. v. R.* (1981), 24 C.P.C. 82, qu'un tribunal canadien a adopté la nouvelle orientation. Dans cet arrêt-là, le juge en chef Nemetz, parlant au nom de la Cour d'appel de la Colombie-Britannique, a retenu le

stated, will prevail only when it is necessary in the public interest. In words reminiscent of those expressed by Fauteux J. in *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, *supra*, he noted that the court will weigh the facts in each particular case to determine whether the public interest in the administration of justice should prevail over the public interest in non-disclosure.

point de vue selon lequel les procès-verbaux et les délibérations du Cabinet ne font pas l'objet d'un privilège absolu. Une revendication de privilège, a-t-il affirmé, sera accueilli seulement lorsque cela s'impose dans l'intérêt public. En des termes qui rappellent les propos tenus par le juge Fauteux dans l'arrêt *Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec*, précité, il a souligné que le tribunal pèsera les faits dans chaque cas afin de déterminer si l'intérêt public dans l'administration de la justice doit primer l'intérêt public dans la non-divulgation.

This Court had occasion to deal with the matter the following year in *Smallwood v. Sparling*, *supra*. Sparling was appointed under the *Canada Corporations Act* to conduct an investigation for the Restrictive Trade Practices Commission into the management of Canadian Javelin Ltd. A subpoena was issued to Mr. Smallwood, the former Premier of Newfoundland, to give evidence and to bring forth certain particularized documents. Mr. Smallwood then applied for an injunction enjoining Sparling and others from acting upon the subpoena. In support of his application, it was asserted that at the relevant times he had acted solely as Premier, and that any testimony he would be called upon to give or any documents he would be called upon to produce were subject to public interest immunity.

Cette Cour a eu l'occasion de se pencher sur la question l'année suivante dans l'affaire *Smallwood c. Sparling*, précitée. Sparling avait été nommé en vertu de la *Loi sur les corporations canadiennes* pour mener pour le compte de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce une enquête sur la gestion de Canadian Javelin Ltd. M. Smallwood, l'ancien premier ministre de Terre-Neuve, a été sommé par voie de *subpœna* de témoigner et de produire certains documents. M. Smallwood a alors demandé une injonction interdisant à Sparling et à d'autres personnes de donner suite au *subpœna*. À l'appui de sa demande, il a fait valoir qu'aux époques pertinentes il avait agi seulement à titre de premier ministre et que tout témoignage de sa part ou toute production de documents qu'on pourrait lui demander étaient assujettis à l'immunité d'intérêt public.

This Court, however, decided against the granting of the injunction. In dealing with these issues, Wilson J., who delivered the judgment, first noted that while a former Minister may, in some circumstances, claim public interest immunity with respect to specific oral or documentary evidence, he cannot claim complete immunity. In her review of the cases, she emphasized Rand J.'s statement in *R. v. Snider*, *supra*, that the general principle was that all facts must be available to the court in the absence of an overriding public interest. *Conway v. Rimmer*, she added, later adopted the view that state documents enjoyed only relative immunity and could in appropriate circumstances be divulged. She noted, however, that some comments in that case indicated that Cabinet documents could not be disclosed until they were of

Cette Cour a toutefois décidé de ne pas accorder d'injonction. En examinant ces questions, le juge Wilson, qui a rendu le jugement, a d'abord souligné qu'un ancien ministre peut dans certaines circonstances invoquer une immunité d'intérêt public à l'égard de preuves orales ou documentaires précises, mais qu'il ne peut réclamer une immunité totale. Dans son étude de la jurisprudence, elle a souligné la déclaration du juge Rand dans l'arrêt *R. v. Snider*, précité, selon laquelle le principe général veut que, en l'absence d'un intérêt public prépondérant, tous les faits doivent être mis à la disposition du tribunal. L'arrêt *Conway v. Rimmer*, a-t-elle ajouté, a par la suite adopté le point de vue que les documents de l'État jouissaient d'une immunité relative et pouvaient dans des circonstances appropriées être divulgués. Elle a

historical interest. In her view, however, the more recent *Burmah Oil* case did not appear to be based on any absolute principle of public immunity. That case, Wilson J. concluded, indicated that "it is the role of the courts, not the administration to determine whether disclosure of documents would be injurious to the public interest" (p. 704). The same principle applied to oral evidence.

In rejecting Mr. Smallwood's claim to immunity on the basis of the doctrine of collective Cabinet responsibility, Wilson J. underlined that in *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, *supra*, Lord Widgery C.J. had made it clear that there was a time limit on the application of the doctrine. Indeed after a careful examination of the case, she concluded at p. 707 that:

> ... the onus would be on Mr. Smallwood to establish that the public interest in joint cabinet responsibility would be prejudiced by any particular disclosure he was being asked to make. Any blanket claim to immunity on this basis must, in my view, also fail.

Later, at p. 708, she added:

> His immunity in that regard is relative only and must wait upon the content of the proposed examination. Mr. Smallwood cannot be the arbiter of his own immunity. This is for the courts. The application in this respect was therefore premature.

Summary and Application of the Principles

The foregoing authorities, and particularly, the *Smallwood* case, are in my view, determinative of many of the issues in this case. That case determines that Cabinet documents like other evidence must be disclosed unless such disclosure would interfere with the public interest. The fact that such documents concern the decision-making process at the highest level of government cannot, however, be ignored. Courts must proceed with caution in having them produced. But the level of the decision-making process concerned is only one of many variables to be taken into account. The nature of the policy concerned and the particular contents of the documents are, I would have thought, even more important. So far as the pro-

cependant noté que, d'après certaines observations faites dans cet arrêt, les documents du Cabinet ne peuvent être communiqués qu'à partir du moment où ils ne présentent qu'un intérêt historique. À son avis toutefois, l'arrêt *Burmah Oil* qui est plus récent ne paraissait pas reposer sur un principe absolu d'immunité publique. Cette affaire, a-t-elle conclu, indiquait qu'«il appartient aux cours et non à l'administration de décider si la divulgation de documents nuira à l'intérêt public» (p. 704). Ce même principe s'applique à la preuve orale.

En rejetant la revendication d'immunité de M. Smallwood sur le fondement du principe de la responsabilité collective, le juge Wilson a souligné que dans l'arrêt *Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.*, précité, le lord juge en chef Widgery avait clairement dit que la durée d'applicabilité de la doctrine était limitée. De fait, après un examen soigneux de l'affaire, elle conclut, à la p. 707, que:

> ... il incombe à M. Smallwood d'établir que l'intérêt public dans la responsabilité collective du Cabinet serait mis en danger par une divulgation particulière qu'on lui demande de faire. De même, j'estime qu'il y a lieu de rejeter toute demande générale d'immunité sur ce fondement.

Plus loin à la p. 708, elle ajoute:

> Il n'a à cet égard qu'une immunité relative qui dépendra des questions posées à l'interrogatoire. M. Smallwood ne peut décider de sa propre immunité. Cette tâche incombe exclusivement aux cours. À ce point de vue, il s'agit donc en l'espèce d'une demande prématurée.

Résumé et application des principes

La jurisprudence qui précède, et en particulier l'arrêt *Smallwood*, règle à mon avis plusieurs des questions en cause en l'espèce. Cet arrêt détermine que les documents du Cabinet doivent être divulgués au même titre que d'autres éléments de preuve, à moins que cela ne porte atteinte à l'intérêt public. Toutefois, on ne saurait faire abstraction du fait que de tels documents concernent le processus décisionnel à l'échelon le plus élevé du gouvernement. Les tribunaux doivent agir avec prudence en ordonnant leur production. Toutefois, le palier du processus décisionnel dont il s'agit n'est qu'un élément parmi beaucoup d'autres à prendre en considération. Plus importantes encore, à ce qu'il me semble, sont la nature de la politique

tection of the decision-making process is concerned, too, the time when a document or information is to be revealed is an extremely important factor. Revelations of Cabinet discussion and planning at the developmental stage or other circumstances when there is keen public interest in the subject matter might seriously inhibit the proper functioning of Cabinet government, but this can scarcely be the case when low level policy that has long become of little public interest is involved.

To these considerations, and they are not all, one must, of course, add the importance of producing the documents in the interests of the administration of justice. On the latter question, such issues as the importance of the case and the need or desirability of producing the documents to ensure that it can be adequately and fairly presented are factors to be placed in the balance. In doing this, it is well to remember that only the particular facts relating to the case are revealed. This is not a serious departure from the general regime of secrecy that surrounds high level government decisions.

I would repeat that no claim is made here on the basis of the nature of the policy discussed in the documents. If the certificate had particularized that their divulgence should be withheld on the ground, for example, that they relate or would affect such matters as national security or diplomatic relations, that would be another matter. If the certificate was properly framed, the court might in such a case well agree to their being withheld even without inspection; see in this context *Goguen v. Gibson*, *supra*. For on such issues, it is often unwise even for members of the judiciary to be aware of their contents, and the period in which they should remain secret may be very long.

In the present case, however, we are dealing with a claim based solely on the fact that the

en question et la teneur précise des documents. Aussi, en ce qui concerne la protection du processus décisionnel, le moment où sera divulgué un document ou un renseignement constitue un facteur extrêmement important. La révélation des discussions et des projets du Cabinet au stade de l'élaboration ou dans d'autres situations où le public s'intéresse vivement à ces choses risquerait de nuire gravement au bon fonctionnement du gouvernement par le Cabinet, mais cela n'est guère le cas lorsqu'il s'agit d'une politique de moindre importance qui a cessé depuis longtemps de susciter beaucoup d'intérêt parmi le public.

À ces considérations, et la liste n'est pas exhaustive, on doit bien entendu ajouter l'importance qu'il y a à produire les documents dans l'intérêt de l'administration de la justice. À ce propos, des points tels que l'importance de la cause et la nécessité ou l'opportunité de produire les documents afin qu'elle puisse être plaidée d'une manière adéquate et équitable sont autant de facteurs à faire entrer en ligne de compte. En même temps, il est bien de se rappeler que seuls doivent être révélés les faits particuliers se rapportant au litige. Ainsi on ne se trouve pas à s'écarter sérieusement du principe général du secret qui s'applique aux plus importantes décisions gouvernementales.

Je répète que la revendication en l'espèce ne se fonde nullement sur la nature de la politique traitée dans les documents. Si le certificat avait précisé que la divulgation devait être refusée pour le motif, par exemple, que les documents se rapportaient à des domaines tels que la sécurité nationale ou les relations diplomatiques, ou auraient des répercussions sur ces domaines-là, c'eût été une toute autre chose. Pour peu que le certificat revête la forme prescrite, le tribunal pourrait très bien en pareil cas consentir, sans même procéder à une inspection, à ce que les documents ne soient pas produits; dans ce contexte voir l'arrêt *Goguen c. Gibson*, précité. En effet, dans le cas de documents relevant de ces domaines, il vaut souvent mieux que même les juges ne soient pas au courant de leur contenu, et la période pendant laquelle ils devraient rester secrets peut alors être très longue.

Dans la présente affaire, cependant, nous sommes en présence d'une revendication ayant

documents concerned are of a class whose revelation might interfere with the proper functioning of the public service. It is difficult to see how a claim could be based on the policy or contents of the documents. We are merely dealing with a transaction concerning a tourist lodge in northern Ontario. The development of a tourist policy undoubtedly is of some importance, but it is hardly world-shaking. Apart from this, are we really dealing with the formulation of policy on a broad basis, or are we simply concerned with a transaction made in the implementation of that policy? Such a distinction was accepted by a majority of the House of Lords in *Burmah Oil* in relation to far more sensitive policy issues, i.e. major financial and economic policies of the nation. Policy and implementation may well be intertwined but a court is empowered to reveal only so much of the relevant documents as it feels it is necessary or expedient to do following an inspection.

pour seul fondement le fait que les documents en cause appartiennent à une catégorie de documents dont la révélation risquerait d'entraver la bonne marche de la fonction publique. En effet, je conçois mal comment on pourrait fonder une revendication sur la politique énoncée dans les documents ou sur leur contenu. Il s'agit simplement d'une opération portant sur une hôtellerie dans le nord de l'Ontario. L'élaboration d'une politique touristique est sans doute importante jusqu'à un certain point, mais son importance n'est certainement pas capitale. À part cette considération, s'agit-il en réalité ici de la création d'une politique au sens large ou s'agit-il simplement d'une opération faite en exécution de cette politique? Dans l'arrêt *Burmah Oil*, la Chambre des lords à la majorité a retenu une telle distinction relativement à des questions de politique beaucoup plus délicates, c.-à-d. à l'égard d'importantes politiques nationales en matière financière et économique. Certes, il se peut bien que la politique et son application soient indissociables, mais un tribunal est autorisé à ne divulguer que les parties des documents pertinents qu'il juge nécessaires ou à propos à la suite d'un examen.

I turn now to the length of time since the transaction in question occurred. Recent cases make clear that if Cabinet documents may be given protection as a class, that protection need not be continued until they are only of historical interest. Rather, these cases indicate that the period of protection solely for preserving the confidentiality of the government decision-making process will be relatively short. While it may be true as the Court of Appeal states that the government policy concerned—the tourist and recreational industry in northwestern Ontario—may still be ongoing, I find it difficult to accept its conclusion that the advice given and decisions taken respecting the transaction involved in this case have not so lost their immediacy that a court must concern itself about them. We are talking about a transaction that took place over twelve years ago in connection with what by any measure can scarcely be regarded as high level government policy. To advert to the remarks of Lord Widgery C.J. in the *Jonathan Cape* case, several provincial elections have taken place since that time, and governments

Cela m'amène au temps écoulé depuis l'opération en cause. Des arrêts récents établissent clairement que, si des documents du Cabinet peuvent recevoir une protection en tant que catégorie, point n'est besoin que cette protection continue jusqu'à ce qu'ils ne présentent plus qu'un intérêt historique. Au contraire, il se dégage de cette jurisprudence que la protection visant uniquement à préserver le caractère confidentiel du processus décisionnel du gouvernement sera de relativement courte durée. Bien qu'il puisse être vrai, comme l'a dit la Cour d'appel, que la politique gouvernementale en question, savoir celle touchant l'industrie du tourisme et de la récréation dans le nord-ouest de l'Ontario, soit encore en voie d'élaboration, j'ai de la difficulté à accepter sa conclusion que les conseils donnés et les décisions prises relativement à l'opération présentement en litige ont encore un tel intérêt qu'un tribunal soit obligé de s'en préoccuper. L'opération en question a eu lieu il y a plus d'une douzaine d'années dans le cadre d'une politique gouvernementale qu'aucun critère ne permet de qualifier d'importante. En fait, on peut dire, en

have come and gone. In the *Burmah Oil* case, the Court inspected the documents though the transaction concerned far more sensitive policy and had taken place three or four years before; see also the *Whitlam*, *Nixon* and *Smallwood* cases. Assuming there were matters respecting the transaction that could, even feebly, affect present policy, a court could, on weighing the competing interests, simply refrain from having these matters divulged.

s'inspirant des propos du lord juge en chef Widgery dans l'arrêt *Jonathan Cape*, qu'il y a eu dans l'intervalle plusieurs élections provinciales et plusieurs gouvernements se sont succédés. Dans l'affaire *Burmah Oil*, la cour a procédé à l'examen des documents, bien que l'opération en cause ait fait partie d'une politique bien plus délicate et n'avait eu lieu que trois ou quatre ans auparavant; voir aussi les arrêts *Whitlam*, *Nixon* et *Smallwood*. À supposer que l'opération comporte des aspects susceptibles d'avoir des répercussions, si faibles soient-elles, sur la politique actuelle, il serait loisible à un tribunal, après avoir pesé les intérêts opposés, de simplement ne pas en ordonner la divulgation.

There is a further matter that militates in favour of disclosure of the documents in the present case. The appellant here alleges unconscionable behaviour on the part of the government. As I see it, it is important that this question be aired not only in the inerests of the administration of justice but also for the purpose for which it is sought to withhold the documents, namely, the proper functioning of the executive branch of government. For if there has been harsh or improper conduct in the dealings of the executive with the citizen, it ought to be revealed. The purpose of secrecy in government is to promote its proper functioning, not to facilitate improper conduct by the government. This has been stated in relation to criminal accusations in *Whitlam*, and while the present case is of a civil nature, it is one where the behaviour of the government is alleged to have been tainted.

Il y a un autre facteur qui milite en faveur de la divulgation des documents en l'espèce. L'appelant allègue une conduite peu scrupuleuse de la part du gouvernement. À mon sens, il importe que ce point soit débattu non seulement dans l'intérêt de l'administration de la justice mais aussi dans l'intérêt du bon fonctionnement du pouvoir exécutif du gouvernement, ce qui a été avancé comme but de la demande de non-divulgation des documents. Car, si le pouvoir exécutif a agi de façon sévère ou abusive envers un particulier, il faut que cela émerge au grand jour. Le secret en matière gouvernementale a pour objet de favoriser la bonne marche du gouvernement et non pas de lui faciliter les abus. Cela a été dit relativement à des accusations criminelles dans l'arrêt *Whitlam* et, malgré le caractère civil de la présente affaire, il s'agit d'un cas où l'on reproche au gouvernement une conduite abusive.

Divulgence is all the more important in our day when more open government is sought by the public. It serves to reinforce the faith of the citizen in his governmental institutions. This has important implications for the administration of justice, which is of prime concern to the courts. As Lord Keith of Kinkel noted in the *Burmah Oil* case, *supra*, at p. 725, it has a bearing on the perception of the litigant and the public on whether justice has been done.

La divulgation est d'autant plus importante de nos jours que le public revendique un gouvernement plus ouvert. La divulgation sert à renforcer la confiance du citoyen en ses institutions gouvernementales. Cela est lourd de conséquences pour l'administration de la justice qui constitue une préoccupation majeure pour les tribunaux. Comme l'a souligné lord Keith of Kinkel dans l'arrêt *Burmah Oil*, précité, à la p. 725, elle a un effet sur la perception du justiciable et du public que justice a été faite.

Inspection

I would, therefore, order disclosure of the documents for the court's inspection. This will permit the court to make certain that no disclosure is made that unnecessarily interferes with confidential government communications. Given the deference owing to the executive branch of government, Cabinet documents ought not to be disclosed without a preliminary judicial inspection to balance the competing interests of government confidentiality and the proper administration of justice.

The Court of Appeal refused to inspect the documents not so much for the reasons I have described earlier, but because it felt that even before it could inspect the documents, there must be some concrete ground for belief, something beyond speculation, that the documents are likely to provide evidence of facts or a state of affairs which, if the documents were produced, would substantially assist the party seeking their production. That consideration was all the more important, it thought, were there was reason to believe these facts or state of affairs are likely to be capable of proof by some other means.

There is no doubt authority for this approach in recent English cases. In *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, *supra*, the House of Lords, we saw, inspected Cabinet documents with a view to balancing the competing interests involved, but that was on the ground that it was reasonably probable or likely (Lord Wilberforce would have required a strong positive case) that the documents contained matter that was material to the issues arising in the case.

It is by no means clear from the judgment that the expressions "reasonably probable" or "likely" were used as a test or reflected the state of facts in that case. Indeed in the *Smallwood* case, at p. 703, Wilson J. interpreted the *Burmah Oil* case as holding that "when a claim of privilege is made in respect of documents which are *prima facie* rele-

L'examen

Par conséquent, je suis d'avis d'ordonner que les documents soient mis à la disposition de la cour pour qu'elle puisse les examiner. Cela lui permettra de s'assurer que les divulgations ne gêneront pas indûment les communications confidentielles du gouvernement. Compte tenu de la déférence due au pouvoir exécutif, les documents du Cabinet ne doivent pas être divulgués sans qu'on ne procède à un examen judiciaire préliminaire afin d'évaluer les intérêts opposés de la confidentialité en matière gouvernementale et de la bonne administration de la justice.

La Cour d'appel a refusé d'examiner les documents non pas tant pour les raisons que j'ai exposées précédemment, mais parce qu'elle a estimé que, avant même qu'elle puisse examiner les documents, il doit y avoir un motif concret de croire, un motif qui ne tient pas de la conjecture, que les documents fourniront vraisemblablement une preuve de certains faits ou d'un certain état de choses et que cette preuve, si les documents étaient produits, serait d'un grand secours à la partie qui cherche la production desdits documents. Cette considération était, de l'avis de la Cour d'appel, d'autant plus importante lorsqu'il y avait des raisons de croire que ces faits ou cet état de choses étaient probablement susceptibles de preuve par d'autres moyens.

Ce point de vue est sans doute appuyé par la jurisprudence anglaise récente. Nous avons vu que, dans l'arrêt *Burmah Oil Co. v. Bank of England*, précité, la Chambre des lords a examiné des documents du Cabinet avec l'intention d'équilibrer les intérêts opposés qui étaient en jeu. Cette démarche a toutefois été motivée par une probabilité raisonnable (lord Wilberforce aurait exigé une preuve positive solide) que les documents contenaient des données qui se rapportaient aux questions en litige.

Il est loin d'être clair à la lecture du jugement que l'expression [TRADUCTION] «probabilité raisonnable» a servi de critère ou qu'elle décrivait la situation qui existait dans cette affaire. D'ailleurs dans l'arrêt *Smallwood*, à la p. 703, le juge Wilson a considéré que l'arrêt *Burmah Oil* voulait dire que «lorsque le privilège est invoqué à l'égard de

vant to the issues before the court, the court must review the documents in order to balance the competing interests" already described.

The law in England was considerably clarified by the subsequent case of *Air Canada v. Secretary of State for Trade* (1983), 2 W.L.R. 494 (H.L.) There the British Airport Authority fixes the charges airlines have to pay for using airports. The Authority embarked on a programme of improvements which it had intended to finance out of its reserves and from borrowing. However, the Secretary of State for Trade, who had certain statutory powers over the Authority, ordered it to finance these improvements out of revenue. In consequence, the Authority imposed a 35 per cent increase on the charges at Heathrow Airport. Air Canada and other airlines then brought suit against the Authority and the Secretary of State claiming that the Secretary had acted unlawfully and that the charges were excessive and unlawful.

The airlines alleged that the Secretary's power was confined to the purpose of the Act concerned, whereas the dominant purpose for which he acted was to reduce public sector borrowings. So, they concluded, his directions were unlawful. They did not allege that his motives were different from those expressed in a White Paper and in a statement made by the Secretary in the House of Commons. But the airlines were not content to rely on the latter information; they sought production of a number of high level ministerial documents relating to the formulation of government policy and to interdepartmental communications between senior civil servants. The Secretary claimed public interest immunity against disclosing these documents.

The trial judge held that the court's concern was to elicit the truth whether it favoured one side or the other, and that the documents were necessary for the due administration of justice if they substantially assisted the court in determining the

documents qui à première vue se rapportent aux questions dont elle est saisie, la cour doit examiner ces documents afin de décider entre deux intérêts contradictoires» déjà décrits.

Le droit anglais a été passablement éclairci par l'arrêt subséquent *Air Canada v. Secretary of State for Trade* (1983), 2 W.L.R. 494 (H.L.) Le British Airport Authority (ci-après appelé «l'Office») fixe les droits à acquitter par les lignes aériennes pour l'utilisation des aéroports. L'Office a entrepris un programme d'améliorations qu'il avait prévu de financer à même ses réserves et au moyen d'emprunts. Toutefois, le secrétaire d'État au Commerce, auquel la loi conférait une certaine autorité sur l'Office, a ordonné à celui-ci de financer les améliorations à même ses revenus. En conséquence, l'Office a augmenté de 35 p. 100 les droits exigés à l'aéroport Heathrow. Alléguant que le secrétaire d'État avait agi illégalement et que les droits exigés étaient à la fois excessifs et illégaux, Air Canada et d'autres lignes aériennes ont alors intenté une action contre l'Office et le secrétaire d'État.

Les lignes aériennes ont allégué que le pouvoir du secrétaire ne pouvait s'exercer qu'aux fins de la loi en cause, tandis que la mesure qu'il avait prise visait principalement la réduction des emprunts du secteur public. Elles en concluaient donc que ses directives étaient frappées d'illégalité. Certes, les lignes aériennes n'ont pas prétendu que le secrétaire avait agi pour des motifs différents de ceux exprimés dans un livre blanc et dans une déclaration faite par le secrétaire lui-même devant la Chambre des communes, mais, n'étant pas satisfaites de se fonder sur ces renseignements, elles ont demandé la production de plusieurs documents ministériels importants se rapportant à l'élaboration de la politique du gouvernement et à des communications interministérielles entre hauts fonctionnaires. Le secrétaire a invoqué une immunité d'intérêt public contre la divulgation de ces documents.

Le juge de première instance a conclu que l'objet du tribunal était de dégager la vérité, que celle-ci soit favorable à une partie ou à l'autre, et que, dans la mesure où les documents aideraient réellement le tribunal à établir les faits sur lesquels

facts upon which its decision depended. This involved the interpretation to be given to Order 24, r. 13(1) of the English Rules of Court which provided that no order for the production of any documents for inspection or to the court shall be made unless the court is of the opinion that the order is "necessary either for disposing fairly of the cause or matter or for saving costs". Being inclined to think the high level ministerial documents were relevant for the purpose, the trial judge decided to inspect them, but stayed the order pending appeal.

The Court of Appeal allowed the appeal and its decision was upheld by the House of Lords. Three of the Law Lords (Lord Fraser of Tullybelton, Lord Wilberforce and Lord Edmund-Davies) were of the view that to permit documents to be inspected for the purpose of considering whether they should be produced under Order 24, r. 13(1), it was necessary for the person seeking their production to establish that they would give substantial support to the contention of the party seeking disclosure. Unless this were established, the court should not even inspect the documents. In their view, the party seeking production must first establish that they would be of assistance in establishing the plaintiff's case. Only if this had been done would the court inspect the documents to weigh the competing interests. This approach was adopted by the Court of Appeal in the present case.

It should be mentioned, however, that in the *Air Canada* case two of the Law Lords (Lord Scarman and Lord Templeman) were of the view that it was sufficient if the documents might assist any of the parties to the proceeding. They adopted the view of the trial judge that "documents are necessary for fairly disposing of a cause or for the due administration of justice if they give substantial assistance to the court in determining the facts upon which the decision in the cause will depend"; see Lord Scarman, at p. 535.

It should also be underlined that it was not solely for these reasons that the Law Lords refused

devrait se fonder sa décision, leur production s'imposait pour la bonne administration de la justice. Il a fallu à cette fin interpréter la règle 13(1) de l'ordre 24 des règles de pratique d'Angleterre, prévoyant que la production de documents en cour ou pour inspection ne doit être ordonnée que si le tribunal estime qu'une ordonnance est [TRADUCTION] «nécessaire pour régler équitablement la cause ou le litige ou pour éviter des frais». Étant porté à croire à la pertinence des importants documents ministériels en question, le juge de première instance a décidé de les examiner, mais a sursis au prononcé de l'ordonnance en attendant l'issue de l'appel.

La Cour d'appel a accueilli l'appel et son arrêt a été confirmé par la Chambre des lords. De l'avis de trois des lords juges (lord Fraser of Tullybelton, lord Wilberforce et lord Edmund-Davies), pour que soit autorisé l'examen de documents afin qu'on puisse déterminer s'il y avait lieu d'en ordonner la production en vertu de la règle 13(1) de l'ordre 24, il incombait à la personne qui demandait la production d'établir que ces documents étayeraient réellement le point de vue de la partie qui veut leur divulgation. À défaut de cela, le tribunal ne devrait même pas entreprendre l'examen des documents. À leur avis, la partie qui cherche à obtenir la production doit d'abord démontrer que les documents l'aideront à établir sa preuve. Seulement à ce moment-là le tribunal examinera-t-il les documents pour peser les intérêts opposés. Telle a été la démarche de la Cour d'appel en l'espèce.

Il convient toutefois de mentionner que, dans l'affaire *Air Canada*, deux lords juges (lord Scarman et lord Templeman) ont estimé qu'il suffisait que les documents soient susceptibles d'aider l'une des parties aux procédures. Ils ont fait leur l'opinion du juge de première instance que des [TRADUCTION] «documents sont nécessaires pour régler équitablement une cause ou pour la bonne administration de la justice s'ils aident réellement le tribunal à établir les faits sur lesquels sera fondée la décision dans l'affaire»; voir lord Scarman, à la p. 535.

Soulignons en outre que ce ne sont pas là les seuls motifs qui ont amené les lords juges à refuser

to inspect the documents, let alone have them disclosed. They were all of the view that any relevant information that might be gleaned from them had already been publicly revealed in the White Paper and the Secretary's statement mentioned earlier. Accordingly, their production was not, in the words of Order 24, r. 13(1) "necessary either for disposing fairly of the cause or matter or for saving costs". Lord Scarman made it clear that it was "for this reason, but for no other" that he would hold that the trial judge was wrong to decide to inspect the documents (p. 535).

What was involved in the *Burmah Oil* and *Air Canada* cases, therefore, was the question of how, in the particular circumstances of those cases, the court should exercise its discretion under an English Rule of Court in the context of the general practice in English courts, a rule the appellant maintains has no equivalent in this country. Before delving further into this matter, however, it is important that one look at precisely what the Court of Appeal did in the present case.

The approach of the Court of Appeal was as follows. Carey, it stated, failed to make the case he had to make in order to succeed. The Crown's objection to having the documents disclosed was based on a ground of a public interest which the law recognizes as sufficient to make a *prima facie* case for their protection. The burden of persuasion, therefore, was on the plaintiff to make the case to the contrary in accordance with the rules that govern how that is to be done. Central to Carey's claim, it stated, is his allegation that the Crown breached several agreements, which agreements could be established if the Cabinet documents in question were produced. However, the Court went on to say that to the extent that the agreements were later reduced to writing, they should be readily capable of being proved at trial. To the extent that they were not reduced to writing, their existence could be proved by calling witnesses. Counsel did not assert or lead the Court to believe these witnesses were unavailable.

d'examiner les documents et, à plus forte raison, à ne pas en permettre la divulgation. Ils ont tous estimé que tout renseignement pertinent qu'on aurait pu recueillir dans les documents avait déjà été rendu public dans le livre blanc et dans la déclaration du secrétaire déjà mentionné. Par conséquent, leur production n'était pas, pour reprendre les termes de la règle 13(1) de l'ordre 24, «nécessaire pour régler équitablement la cause ou le litige ou pour éviter des frais». Lord Scarman a dit clairement que c'était [TRADUCTION] «pour cette raison et pour aucune autre» qu'il concluait que le juge de première instance avait eu tort de décider d'examiner les documents (p. 535).

La question dans les affaires *Burmah Oil* et *Air Canada* était donc de savoir comment, étant donné les circonstances particulières de ces affaires, le tribunal devait exercer dans le contexte de la pratique générale des tribunaux anglais le pouvoir discrétionnaire que lui conférait une règle de pratique anglaise, règle qui, selon l'appelant en l'espèce, n'a pas de pendant au Canada. Avant d'étudier plus avant cette question, toutefois, il importe d'établir exactement ce que la Cour d'appel a fait dans la présente affaire.

La démarche de la Cour d'appel a été celle exposée ci-après. Carey, a-t-elle affirmé, n'a pas fait la preuve nécessaire pour obtenir gain de cause. Sa Majesté a opposé à la divulgation des documents l'intérêt public, ce qui est reconnu en droit comme suffisant pour constituer une preuve *prima facie* qu'il y a lieu de protéger lesdits documents. Il incombait en conséquence au demandeur de prouver le contraire conformément aux règles applicables. L'élément essentiel de la réclamation de Carey, d'après la Cour d'appel, est son allégation que Sa Majesté a violé plusieurs accords, l'existence desquels pourrait être établie si l'on produisait les documents du Cabinet en question. La cour a cependant ajouté que, dans la mesure où les accords ont par la suite été constatés par écrit, ils devraient être facilement prouvables au procès. Dans la mesure où ils n'ont pas été constatés par écrit, on pourrait produire des témoins pour établir leur existence. L'avocat n'a pas prétendu ni n'a donné à entendre à la cour qu'il n'y avait pas de tels témoins.

In a word, the Court stated, no case was made that the existence of and terms of the agreements are unlikely to be capable of proof by other means. All the submissions on behalf of Carey came down to, it concluded, is that the documents are relevant to his case and that, accordingly, they either could or might assist him. This was no more than "a bare unsupported assertion ... that something to help him may be found" in the documents; Carey's case stopped far short of showing "some concrete ground for belief" which would take the case beyond mere speculation.

What troubles me about this approach is that it puts on a plaintiff burden of proving how the documents, which are admittedly relevant, can be of assistance. How can he do that? He has never seen them; they are confidential and so unavailable. To some extent, then, what the documents contain must be a matter of speculation. But they deal with precisely the subject matter of the action and what one party was doing in relation to the relevant transactions at the time.

It may well be that witnesses could establish what the contract was but there are always questions of precise recall and of credibility. Besides, in an evolving arrangement like the one alleged there is no substitute for written documents in determining precisely what was going on, and what the parties had in mind. In particular, in the present case the Court failed to observe that the plaintiff was not only alleging breach of an agreement, but that the transfer of the lodge under the circumstances constituted an unconscionable transaction, the determination of which could surely be assisted by an examination of the document.

The method of approach adopted by the Court of Appeal appears to de diametrically opposed to that implicit in Wilson J.'s, remark in *Smallwood*, *supra*, p. 703, cited earlier, regarding the *Burmah*

En un mot, a dit la cour, on n'a pas établi qu'il était vraisemblablement impossible de prouver par d'autres moyens l'existence des accords et leurs modalités. La Cour d'appel a conclu que les arguments avancés pour le compte de Carey se ramenaient simplement à ceci: que les documents en question se rapportaient à sa réclamation et que, par conséquent, ils pouvaient lui être d'un certain secours. Il s'agissait là de rien d'autre qu'une [TRADUCTION] «simple affirmation, sans rien à l'appui [...] que quelque chose d'utile pourrait se trouver» dans les documents. En effet, la preuve produite par Carey était bien loin de démontrer [TRADUCTION] «un motif concret de croire» qui ferait sortir ses allégations du domaine de la pure conjecture.

Ce qui me gêne dans cette façon de voir est qu'elle impose à un demandeur l'obligation de prouver en quoi des documents, reconnus pertinents, peuvent l'aider. Mais comment peut-il s'y prendre? Il ne les a jamais vus; ils sont confidentiels et ne peuvent être consultés. Dans une certaine mesure donc la teneur des documents doit relever de la conjecture. En l'espèce toutefois les documents traitent du sujet même de l'action et renseignent sur le rôle que l'une des parties a joué à l'époque dans les opérations pertinentes.

Il se peut bien que le contenu du contrat puisse être établi par des témoins, mais on peut toujours se poser des questions concernant la mémoire et la crédibilité de ceux-ci. Au surplus, dans le cas d'une entente, comme celle qu'on dit exister en l'espèce, dont les modalités évoluent, rien ne vaut une preuve documentaire pour déterminer exactement ce qui s'est passé et ce que les parties ont eu à l'esprit. En particulier, la cour dans la présente affaire a omis de tenir compte de ce que le demandeur alléguait non seulement la violation d'un accord mais aussi le fait que la cession de l'hôtellerie dans les circonstances constituait une opération abusive. Or, il s'agit là d'une détermination que l'examen du document pourrait certainement faciliter.

La démarche adoptée par la Cour d'appel semble diamétralement opposée à celle qui était implicite dans la remarque déjà citée du juge Wilson dans *Smallwood*, précité, à la p. 703, en ce

Oil case. But even if one were to adopt the most stringent English view regarding the production of documents, which appears to have found favour with the Court of Appeal, I cannot help concluding that the documents are likely (though one cannot really tell without inspecting them) to assist Carey's case. The whole of the surrounding circumstances is, I think, sufficient to give a "concrete ground" for that view. I cannot agree that under the known circumstances the attempt to obtain disclosure can be categorized as a mere "fishing expedition".

It is instructive to examine more closely the observations on the point made by the Law Lords in the *Burmah Oil* case. It was the surrounding circumstances that persuaded the House to examine the documents in that case; see for example Lord Keith of Kinkel, at pp. 722-23. As Lord Scarman noted, "common sense must be allowed to creep into the picture" (p. 731). As in this case, the House at the time it heard the case was, in Lord Edmund-Davies' words at p. 720, "completely in the dark as to the cogency" of the documents. He added that "No judge can profitably embark on such [public interest] balancing exercise without himself seeing the disputed documents" (p. 721), a view shared by Lord Scarman (p. 731).

The *Burmah Oil* case bears a considerable resemblance to this case at least in so far as it alleged that the transaction was an unconscionable one, one forced on the plaintiff by undue pressure of the other party. That issue, as the majority in the *Burmah Oil* case noted, cannot be treated entirely objectively. On this issue, it seems to me, the remarks of Lord Scarman at p. 731 are compelling:

> Burmah's case is not merely that the Bank exerted pressure: it is that the Bank acted unreasonably, abusing its power and taking an unconscionable advantage of the weakness of Burmah. On these questions the withheld documents may be very revealing. This is not 'pure speculation'. The government was creating the pressure; the Bank was exerting it on the government's instruc-

qui concerne l'arrêt *Burmah Oil*. Mais même si on adoptait le point de vue anglais le plus rigoriste en matière de production de documents, point de vue que semble avoir retenu la Cour d'appel, je ne peux m'empêcher de conclure que les documents aideront probablement (quoiqu'on ne puisse vraiment en juger sans les avoir examinés) la cause de Carey. L'ensemble des circonstances suffit, je crois, pour constituer un «motif concret» d'adopter ce point de vue. Compte tenu des faits connus, je ne suis pas d'accord que l'on peut qualifier de simple «recherche à l'aveuglette» la tentative d'obtenir la divulgation.

Il est instructif d'examiner de plus près les observations qu'ont faites les lords juges sur ce point dans l'arrêt *Burmah Oil*. C'est le contexte factuel qui a persuadé la Chambre d'examiner les documents dans cette affaire; voir par exemple ce qu'a dit lord Keith of Kinkel, aux pp. 722 et 723. Comme l'a souligné lord Scarman, [TRADUCTION] «il faut accorder une place au gros bon sens» (p. 731). Comme en l'espèce, au moment où elle a entendu la cause, la Chambre des lords, pour reprendre les termes employés par lord Edmund-Davies, à la p. 720, [TRADUCTION] «ne savait rien de la pertinence» des documents. Il a ajouté que [TRADUCTION] «Aucun juge ne peut utilement entreprendre une telle évaluation [des intérêts publics] sans avoir lui-même vu les documents en litige» (p. 721), opinion qui a été partagée par lord Scarman (p. 731).

L'affaire *Burmah Oil* ressemble beaucoup à la présente affaire, du moins dans la mesure où l'on y alléguait qu'il s'agissait d'une opération abusive, imposée à la demanderesse au moyen d'une pression indue exercée par l'autre partie. Or cette question, comme l'a souligné la majorité dans l'affaire *Burmah Oil*, n'admet pas une analyse parfaitement objective. À ce propos, me semble-t-il, les observations de lord Scarman, à la p. 731, sont éloquentes:

> [TRADUCTION] Burmah fait valoir non pas simplement que la Banque a exercé des pressions, mais qu'elle a agi de manière déraisonnable, abusant de son pouvoir et tirant indûment avantage de la situation de faiblesse de Burmah. Sur ces points, les documents qu'on refuse de divulguer pourront s'avérer fort révélateurs. Ce n'est pas là de la «pure conjecture». Le gouvernement a créé la

tions. Is a court to assume that such documents will not assist towards an understanding of the nature of the pressure exerted? The assumption seems to me as unreal as the proverbial folly of attempting to understand Hamlet without reference to his position as the Prince of Denmark.

I might also observe that there was evidence in that case, apart from the documents sought to be discovered, that went some considerable way towards establishing that the transaction was unconscionable. The fact that there may be other evidence in the present case to prove the existence and terms of the transaction and the surrounding circumstances is no reason for refusing to produce, let alone inspect, the documents. This case is entirely different from the *Air Canada* case where the sole reason for seeking the production of the documents was to establish the motive of the Secretary of State in instructing the Airport Authority, a motive already fully revealed in a White Paper and a statement of the Secretary in the House of Commons. Under these circumstances the Law Lords concluded that it was improbable that the documents whose production was sought contained anything that had not already been published and were, therefore, unlikely to be of assistance to the Court.

I should add that I much prefer the approach of Lord Scarman and Lord Templeman in the *Air Canada* case that the court may under R.S.C. Order 24, r. 13, inspect the document and, if not found to be outbalanced on the basis of some public interest, produced not only when this is likely to assist the plaintiff's case or damage the defendant's, but also where it may assist any of the parties to the proceedings. Disclosure may as they indicate be necessary for a fair determination of the issues and for saving costs even when it does not directly assist the plaintiff's case; see for example Lord Scarman at p. 535.

pression et la Banque l'a exercée à la demande du gouvernement. Cela étant, un tribunal doit-il supposer que de tels documents n'aideront d'aucune manière à comprendre la nature de la pression exercée? Pareille supposition me semble tout aussi irréaliste que la folie proverbiale d'une tentative de comprendre Hamlet sans tenir compte de sa qualité de prince de Danemark.

Je pourrais mentionner en outre qu'il y avait dans cette affaire-là, en plus des documents dont on cherchait à obtenir la communication, des éléments de preuve qui tendaient nettement à démontrer le caractère abusif de l'opération en question. Le fait qu'il peut y avoir en l'espèce d'autres éléments de preuve établissant l'existence et les modalités de l'opération et les circonstances de celle-ci ne justifie aucunement le refus d'ordonner la production et, à plus forte raison, l'examen des documents. La présente instance diffère complètement de l'affaire *Air Canada*, où la production des documents a été demandée à seule fin d'établir le motif sous-tendant les directives que le secrétaire d'État avait donné à l'Airport Authority, motif déjà totalement dévoilé dans un livre blanc et dans une déclaration faite par le secrétaire d'État à la Chambre des communes. Dans ces circonstances, les lords juges ont jugé peu probable que les documents dont on demandait la production puissent contenir des renseignemements qui n'avaient pas déjà été rendus publics. Il s'ensuivait donc, selon eux, que ces documents ne seraient vraisemblablement d'aucun secours au tribunal.

Je tiens à ajouter que je préfère de beaucoup la position de lord Scarman et de lord Templeman qui ont dit dans l'affaire *Air Canada* que R.S.C. Ordre 24, règle 13 autorise la cour à examiner le document et, si elle conclut qu'aucun intérêt public ne l'en empêche, elle peut ordonner la production, non seulement lorsque cela aidera probablement la cause du demandeur ou risque de nuire à celle du défendeur, mais aussi lorsque la production pourra aider l'une des parties aux procédures. La divulgation peut, comme ils le disent, être nécessaire pour le juste règlement des questions en litige et pour éviter des frais, même si elle n'est d'aucun secours direct au demandeur; voir par exemple lord Scarman, à la p. 535.

Indeed, I do not think the rule, if it existed in this country, would require the rigorous approach adopted in England. Its language is not compelling and, even in England, a more relaxed practice is adopted when questions of confidentiality are not raised. It seems to me that in a claim of public interest immunity which, like the present, seems doubtful, the court should feel free to examine the documents. There has, for a long period now, been a far more open and flexible attitude towards discovery in this country than in England. I think deciding the issue on a bare *prima facie* case of a public interest in non-disclosure, such as the Court of Appeal did here, is out of place in Canadian practice. Lord Scarman referred with approval to the trend towards inspection and disclosure in the United States and in the Commonwealth generally as well as under Scottish law. Besides, counsel did not refer us to any rule in Ontario similar to R.S.C. Order 24, r. 13. The practice in the province is governed by rules having a quite independent base; for its genesis, see Williston and Rolls, *The Law of Civil Procedure* (1970), vol. 2, pp. 745-51, 780-81, 805-06. The different legislative base requires, as Le Dain J. in speaking on the regime under *Canada Evidence Act* pointed out in *Goguen v. Gibson*, *supra*, at p. 472, that the *Air Canada* case "be treated with caution".

En fait, je ne crois pas que la règle, si elle existait au Canada, exigerait la démarche rigoureuse adoptée en Angleterre. Sa formulation n'a rien d'impérieux et, même en Angleterre, on adopte une pratique moins stricte lorsqu'il ne s'agit pas de questions reliées à la confidentialité. À mon avis, dans le cas d'une revendication d'immunité d'intérêt public qui, comme en l'espèce semble mal fondée, le tribunal doit se sentir libre d'examiner les documents. Voilà maintenant longtemps que l'attitude canadienne à l'égard de la communication de documents est bien plus libérale et souple que l'attitude anglaise. Selon moi, il est inopportun dans le contexte canadien de faire comme la Cour d'appel en l'espèce et de trancher la question en fonction d'une simple preuve *prima facie* de l'existence d'un intérêt public à ce qu'il n'y ait pas de divulgation. Lord Scarman a exprimé son approbation de la tendance aux États-Unis, dans le Commonwealth en général, ainsi qu'en droit écossais, vers l'examen et la communication. Par ailleurs, l'avocat ne nous a renvoyés à aucune règle ontarienne semblable à R.S.C. Ordre 24, règle 13. La pratique en Ontario est assujettie à des règles dont le fondement est tout à fait distinct; sur l'origine de cette pratique voir Williston et Rolls, *The Law of Civil Procedure* (1970), vol. 2, aux pp. 745 à 751, 780 et 781, 805 et 806. Comme l'a souligné le juge Le Dain en parlant, dans l'arrêt *Goguen c. Gibson*, précité, à la p. 472, du régime constitué par la *Loi sur la preuve au Canada*, il faut, en raison de cette différence quant au fondement législatif, «examiner avec prudence» l'arrêt *Air Canada*.

The approach that, in my view, should be followed may be exemplified by a recent case in New Zealand, *Fletcher Timber Ltd. v. Attorney-General*, [1984] 1 N.Z.L.R. 290 (C.A.), where there is also no provision like Order 24, r. 13. There a judge refused to order the production and inspection of documents in an action for breach of a timber cutting agreement, or alternatively, for damages in tort resulting from negligent misrepresentation. The documents concerned included Cabinet documents and the Ministry of Forests raised a claim against their production on the ground of public interest immunity. On appeal, the

Selon moi, la démarche à suivre se dégage de l'arrêt néo-zélandais récent *Fletcher Timber Ltd. v. Attorney-General*, [1984] 1 N.Z.L.R. 290 (C.A.) En Nouvelle-Zélande, pas plus qu'au Canada, il n'y a pas de disposition comparable à la règle 13 de l'Ordre 24. Dans cette affaire, un juge a refusé d'ordonner la production et l'inspection de documents dans le cadre d'une action pour rupture d'un accord relatif à la coupe de bois ou, subsidiairement, pour le préjudice subi par suite du délit civil de déclaration inexacte faite par négligence. Parmi les documents en question figuraient des documents du Cabinet et le ministère des Forêts a

Court, in the exercise of its discretion, ordered their inspection.

I shall largely confine myself to the remarks of Woodhouse P. with whom the other judges were in substantial agreement. He referred to the different procedural environment that existed in England under which, he stated, the same test had to be used when the judge was asked to examine documents privately in order to resolve whether they should be made available to the applicant. He wryly added: "To describe the conclusion in another way, the condition upon which the discretion to make an order will arise has been brought forward to qualify what might be the only profitable way of deciding how the discretion could be correctly exercised" (p. 294). Whatever might be the situation in England, he held, this was not the law in New Zealand. At page 295, he made the following statement with which I am in total agreement:

> If the balance of public interest can be seen to support the claim of immunity without prior inspection by the Judge then the consequential decision against production will be made without further ado. In that regard the certificate itself should demonstrate with sufficient particularity what is the nature and the significance of the documents both in terms of any need to preserve their confidentiality on the one hand and for the actual litigation on the other. But where this is not the position, where the Judge has been left uncertain, it is difficult to understand how his own inspection could affect in any way the confidentiality which might deserve protection. And in that situation I think it would be wrong to put aside such a direct and practical means of resolving the difficulty. Indeed if it were to happen the primary responsibility of the Courts to provide informed and just answers would often depend on processes of sheer speculation, leaving the Judge himself grasping at air. That cannot be sensible nor is it necessary when by the simple act of judicial reconnaissance a reasonably confident decision could be given one way or the other.

opposé à leur production l'immunité d'intérêt public. En appel, la cour, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, a ordonné l'examen des documents.

Je me borne essentiellement aux observations du président Woodhouse avec lequel les autres juges ont été d'accord en substance. Il a fait mention du contexte différent en matière de procédure qui existait en Angleterre et qui, selon lui, exigeait l'emploi du même critère lorsqu'on demandait au juge d'examiner des documents en privé afin de déterminer s'il y avait lieu de permettre au requérant de les consulter. Il a ironiquement ajouté: [TRADUCTION] «On peut décrire la conclusion d'une autre manière: la condition de la naissance du pouvoir discrétionnaire de rendre une ordonnance a été invoquée pour restreindre ce qui constitue peut-être la seule manière valable de décider comment ce pouvoir discrétionnaire pourrait s'exercer correctement» (p. 294). Quelle qu'ait pu être la situation en Angleterre, a-t-il conclu, ce n'était pas ce que prévoyait le droit néo-zélandais. À la page 295, il a fait la déclaration suivante à laquelle je souscris entièrement:

> [TRADUCTION] S'il appert que l'intérêt public prépondérant appuie la demande d'immunité, sans que le juge procède à un examen préalable, alors la décision qui en résulte de ne pas ordonner la production sera prise sans autre formalité. À cet égard, le certificat lui-même devrait révéler avec suffisamment de précision la nature et l'importance des documents, tant du point de vue de la nécessité de préserver leur confidentialité d'une part que du point de vue des besoins du litige proprement dit d'autre part. Mais lorsqu'il n'en est pas ainsi, lorsqu'on a laissé le juge dans l'incertitude, il est difficile de concevoir en quoi son inspection risquerait de compromettre la confidentialité, qui peut mériter d'être protégée. Je crois que dans cette situation on aurait tort d'écarter un moyen aussi direct et aussi pratique de résoudre la difficulté. En fait, il en résulterait que la responsabilité primordiale des tribunaux de fournir des réponses éclairées et justes serait souvent assujettie à une démarche relevant de la pure conjecture, si bien que le juge lui-même ne saurait guère à quoi s'en tenir. Or, cela ne peut pas être raisonnable ni n'est nécessaire, car il suffit d'un simple acte d'inspection judiciaire pour que puisse être rendue avec passablement de confiance une décision dans un sens ou dans l'autre.

See also Richardson J., especially at pp. 301-02 and McMullin J., especially at pp. 307-08. These judges make it clear, in McMullin J.'s words at p. 308, that:

> ... once the documents are admitted to relate to the case, as they are here, they should be available for inspection unless there is some reason shown why in the interests of public policy that course should not be followed. And the onus of establishing that they should not be produced for inspection must lie on the party which seeks a departure from the general rule.

I am, therefore, of the view that the documents to be produced should be inspected by the trial judge to determine whether, on balancing the competing interests already described, they should be produced.

Conclusion

For these reasons, I would allow the appeal with costs throughout and I would also set aside the order of the Honourable Mr. Justice Catzman dated July 9, 1982 quashing the subpoena *duces tecum* directed to Dr. E. E. Stewart.

Appeal allowed with costs.

Solicitors for the appellant: Fraser & Beatty, Toronto.

Solicitor for the respondents: Archie Campbell, Toronto.

Voir également les propos du juge Richardson, particulièrement aux pp. 301 et 302, et du juge McMullin, particulièrement aux pp. 307 et 308. Ces juges disent clairement, pour reprendre les termes du juge McMullin, à la p. 308, que:

> [TRADUCTION] ... une fois admis que les documents se rapportent au litige, comme c'est le cas en l'espèce, il devrait être possible de les examiner, à moins qu'on ne présente une raison pour laquelle, dans l'intérêt public, il faut procéder autrement. Et l'obligation de prouver que les documents ne devraient pas être produits pour inspection incombe nécessairement à la partie qui cherche à déroger à la régle générale.

Par conséquent, je suis d'avis que le juge de première instance doit examiner les documents dont la production est demandée afin qu'il puisse déterminer si une fois évalués les intérêts déjà décrits, ils doivent être produits.

Conclusion

Pour ces motifs, je suis d'avis d'accueillir le pourvoi avec dépens dans toutes les cours et d'infirmer l'ordonnance de l'honorable juge Catzman en date du 9 juillet 1982 portant annulation du *subpœna duces tecum* adressé à M. E. E. Stewart.

Pourvoi accueilli avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Fraser & Beatty, Toronto.

Procureur des intimés: Archie Campbell, Toronto.

Alexander Albert Head *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* HEAD

File No.: 18956.

1986: March 26; 1986: December 18.

Present: Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Lamer, Wilson and La Forest JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR SASKATCHEWAN

Criminal law — Jury verdict — Validity — Charge of attempted murder with lesser included offences — Jury foreman replying "not guilty" to clerk's question — Accused discharged and jury dismissed — Foreman indicating possible different verdict on lesser included offences — Trial judge finding himself functus — Whether or not jury can be reconvened to reconsider its verdict — Whether or not jury can be reconvened to complete or correct transmission and recording of verdict reached prior to its dismissal.

Appellant was accused of attempted murder and tried by judge and jury. The judge instructed the jury on a number of lesser included offences, in addition to the charge on the indictment. After jury returned a verdict of not guilty on the charge of attempted murder, the judge dismissed them and discharged the accused. The foreman of the jury then indicated to the judge that the jury may have found the accused guilty of a lesser included offence. The judge had the jury reassemble in the body of the courtroom, heard submissions, and then found that he was *functus*. The majority of the Court of Appeal found that the doctrine of *functus* was not properly applied here and was of the opinion that the jury verdict was not complete until all possible verdicts had been dealt with and disposed of. The acquittal was set aside and a new trial ordered on all of the lesser and included offences. At issue here is whether the jury can be reconvened after being discharged (1) to reconsider its verdict or (2) to complete or correct the transmission and recording of a verdict it had arrived at prior to discharge.

Alexander Albert Head *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* HEAD

N° du greffe: 18956.

1986: 26 mars; 1986: 18 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 LA SASKATCHEWAN

Droit criminel — Verdict d'un jury — Validité — Accusation de tentative de meurtre comportant des infractions incluses moindres — Le président du jury répond «non coupable» à la question posée par le greffier — Accusé relâché et jury libéré — Le président du jury soulève la possibilité d'un verdict différent relativement aux infractions incluses moindres — Le juge du procès se déclare functus — Le jury peut-il être convoqué de nouveau pour réexaminer son verdict? — Le jury peut-il être convoqué de nouveau pour compléter ou rectifier la communication et l'inscription du verdict auquel il est arrivé avant d'être libéré?

L'appelant a été accusé de tentative de meurtre et a subi son procès devant un juge et un jury. Le juge a donné au jury des directives portant non seulement sur l'infraction mentionnée dans l'acte d'accusation, mais aussi sur un certain nombre d'infractions incluses moindres. Après que le jury eut rendu un verdict de non-culpabilité relativement à l'accusation de tentative de meurtre, le juge l'a libéré et a fait relâcher l'accusé. Le président du jury a alors fait savoir au juge que le jury aurait pu trouver l'accusé coupable d'une infraction incluse moindre. Après avoir fait rassembler les jurés dans la partie publique de la salle d'audience, le juge a entendu des observations orales et s'est déclaré *functus*. La Cour d'appel à la majorité a conclu que le principe de *functus* a été appliqué à tort en l'espèce et elle s'est dite d'avis que le verdict du jury n'était pas complet tant que tous les verdicts possibles n'avaient pas été examinés et écartés. L'acquittement a été annulé et on a ordonné la tenue d'un nouveau procès qui porterait sur chacune des infractions moindres et incluses. La question en litige en l'espèce est de savoir si un jury, une fois libéré, peut être convoqué de nouveau (1) pour réexaminer son verdict, ou (2) pour compléter ou rectifier la communication et l'inscription d'un verdict auquel il était arrivé avant d'être libéré.

Held: The appeal should be allowed.

Per Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Wilson and La Forest JJ.: The nature of the criminal process requires that the power or duty of the trial judge to intervene when a jury verdict is returned and to inquire as to the true nature of the verdict be exercised prior to the jury's discharge.

The trial judge here could reasonably conclude that the jury had considered the included offences and that its verdict was intended to be a full acquittal on principal and included offences. The court was wholly *functus* when the question arose as to verdict and the matter had passed beyond any stage where any correction could be made.

Per Lamer J.: A jury, even after discharge, can be reconvened to correct an improper or incomplete transmission or registration of a verdict, but it cannot reconsider a verdict or complete its deliberations with a view to handing down additional verdicts on counts or on included offences that it had not finally determined prior to that discharge; nor can anyone go behind the verdict and make inquiries as regards the nature of the deliberations. The effect of adopting the rule, until now applicable to civil matters, is to ensure that those found guilty by the jury do not go free and, more importantly, that those found innocent by the jury are not convicted.

The error here was in not ascertaining with certainty the verdict on the lesser included offences. If that verdict were an acquittal on all or any of the included offences, the accused should not be deprived of that verdict because of error in its transmission or registration but only if error of law was committed in the reaching of that verdict. The ordering of a new trial is a remedy where the determination of guilt or innocence by the trial court is vitiated by an error.

The logical disposition of the appeal would be to allow the appeal, quash the order for a new trial, and order that the matter be returned to the trial court so that the jury's verdict might be ascertained. In view of the time elapsed since the jury's discharge, the ends of justice would be better served by allowing the appeal, quashing the order for a new trial and leaving the acquittal, as registered, undisturbed.

Arrêt: Le pourvoi est accueilli.

Le juge en chef Dickson et les juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Wilson et La Forest: De par leur nature, les procédures en matière criminelle exigent que le pouvoir ou le devoir qu'a le juge du procès d'intervenir lorsque le jury rend son verdict et de s'enquérir de la nature véritable de ce verdict, doit être exercé et accompli, selon le cas, avant la libération du jury.

En l'espèce, le juge du procès pouvait raisonnablement conclure que le jury avait analysé les infractions incluses et que son verdict était censé constituer un acquittement complet relativement à l'infraction principale et aux infractions incluses. Le tribunal était entièrement *functus* quand on a soulevé la question concernant le verdict et il était déjà trop tard pour le rectifier.

Le juge Lamer: Même après avoir été libéré, un jury peut être convoqué de nouveau pour rectifier un verdict qui a été communiqué ou inscrit d'une manière irrégulière ou incomplète, mais il ne peut réexaminer un verdict ou poursuivre ses délibérations en vue de rendre d'autres verdicts relativement à des chefs d'accusation ou à des infractions incluses sur lesquels il n'a pas statué de façon définitive avant sa libération. Personne ne peut non plus scruter le verdict ni poser des questions sur la nature des délibérations. L'adoption de la règle jusqu'à maintenant applicable en matière civile a pour effet d'assurer que la personne déclarée coupable par le jury ne soit pas remise en liberté et, ce qui est plus important, que la personne déclarée innocente par le jury ne soit pas condamnée.

En l'espèce, l'erreur consiste à ne pas avoir déterminé avec certitude le verdict rendu relativement aux infractions incluses moindres. S'il s'agissait d'un verdict d'acquittement relativement à la totalité ou à l'une ou l'autre des infractions incluses, l'accusé ne devrait pas en perdre le bénéfice en raison d'une erreur dans la communication ou l'inscription du verdict, à moins seulement qu'une erreur de droit n'ait été commise en arrivant à ce verdict. L'ordonnance portant nouveau procès est le redressement qu'il y a lieu d'accorder lorsque la détermination de la culpabilité ou de l'innocence par le tribunal de première instance est entachée d'une erreur.

La façon logique de trancher le pourvoi serait de l'accueillir, d'annuler l'ordonnance portant nouveau procès et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée au tribunal de première instance pour que le verdict du jury puisse être vérifié. Étant donné le délai écoulé depuis la libération du jury, les intérêts de la justice seraient mieux servis en accueillant le pourvoi, en annulant l'ordonnance portant nouveau procès et en ne touchant pas au verdict d'acquittement qui a été inscrit.

Cases Cited

By McIntyre J.

Distinguished: *R. v. Carter*, [1964] 1 All E.R. 187, 48 Cr. App. R. 122; **referred to**: *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871; *R. v. Morehouse* (1982), 65 C.C.C. (2d) 231; *R. v. Longson* (1976), 31 C.C.C. (2d) 421; *R. v. Blanchard*, [1941] 3 D.L.R. 467; *R. v. Hess (No. 2)* (1949), 94 C.C.C. 57; *R. v. Lonar* (1893), 25 N.S.R. 124; *R. v. Smith* (1893), 25 N.S.R. 138; *R. v. Ford* (1853), 3 U.C.C.P. 209; *Laforet v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 869; *R. v. Thomas* (1983), 5 C.C.C. (3d) 464; *R. v. Bryan* (1970), 1 C.C.C. (2d) 342; *R. v. Parkin* (1824), 1 Mood. C.C. 45; *R. v. Vodden* (1853), Dears. 229, 169 E.R. 706; *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254.

By Lamer J.

Considered: *Fletcher v. Thomas*, [1931] 3 D.L.R. 142; *Watson v. Fitzpatrick* (1967), 65 D.L.R. (2d) 729; *McCulloch v. Ottawa Transportation Commission*, [1954] 2 D.L.R. 443; *Dardarian v. Schneider* (1956), 3 D.L.R. (2d) 292; *Danis v. Saumure*, [1956] S.C.R. 403; **referred to**: *R. v. Clouter & Heath* (1859), 8 Cox C.C. 237; *R. v. Lessard* (1976), 30 C.C.C. (2d) 70; *R. v. Hargraves* (1982), 69 C.C.C. (2d) 380; *Re Regina and Bertucci* (1984), 11 C.C.C. (3d) 83; *R. v. Mysko* (1980), 2 Sask. R. 342; *R. v. Vodden* (1853), Dears. 229, 169 E.R. 706; *R. v. Carter*, [1964] 1 All E.R. 187, 48 Cr. App. R. 122; *Ellis v. Deheer*, [1922] 2 K.B. 113; *Knowlton v. Hydro-Electric Power Com'n.*, [1926] 1 D.L.R. 217; *Ainey v. Regem* (1930), 48 B.R. 488; *Barkhouse v. Vanderploet* (1976), 16 N.S.R. (2d) 445; *Salerno v. White* (1982), 28 C.P.C. 165; *McCready v. Scott* (1967), 62 W.W.R. 563; *R. v. Emkeit*, [1974] S.C.R. 133, affirming (1971), 3 C.C.C. (2d) 309; *Ralston Purina (Canada) Ltd. v. Thompson View Fur Farms Ltd.* (1984), 12 D.L.R. (4th) 228; *Nanan v. The State*, [1986] 3 All E.R. 248.

Statutes and Regulations Cited

Criminal Code, R.S.C. 1927, c. 36, s. 1025A, [en. S.C. 1938, c. 44, s. 49].

Authors Cited

Bower, George Spencer. *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. By Sir Alexander Kingcome Turner. London: Butterworths, 1969.

Crankshaw's Criminal Code, 8th ed. Gary P. Rodrigues, ed. Toronto: Carswells, 1979.

Halsbury's Laws of England, vol. 11, 4th ed. London: Butterworths, 1975.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

Jurisprudence

Citée par le juge McIntyre

Distinction d'avec l'arrêt: *R. v. Carter*, [1964] 1 All E.R. 187, 48 Cr. App. R. 122; **arrêts mentionnés**: *R. v. George*, [1960] R.C.S. 871; *R. v. Morehouse* (1982), 65 C.C.C. (2d) 231; *R. v. Longson* (1976), 31 C.C.C. (2d) 421; *R. v. Blanchard*, [1941] 3 D.L.R. 467; *R. v. Hess (No. 2)* (1949), 94 C.C.C. 57; *R. v. Lonar* (1893), 25 N.S.R. 124; *R. v. Smith* (1893), 25 N.S.R. 138; *R. v. Ford* (1853), 3 U.C.C.P. 209; *Laforet c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 869; *R. v. Thomas* (1983), 5 C.C.C. (3d) 464; *R. v. Bryan* (1970), 1 C.C.C. (2d) 342; *R. v. Parkin* (1824), 1 Mood. C.C. 45; *R. v. Vodden* (1853), Dears. 229, 169 E.R. 706; *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254.

Citée par le juge Lamer

Arrêts examinés: *Fletcher v. Thomas*, [1931] 3 D.L.R. 142; *Watson v. Fitzpatrick* (1967), 65 D.L.R. (2d) 729; *McCulloch v. Ottawa Transportation Commission*, [1954] 2 D.L.R. 443; *Dardarian v. Schneider* (1956), 3 D.L.R. (2d) 292; *Danis v. Saumure*, [1956] R.C.S. 403; **arrêts mentionnés**: *R. v. Clouter & Heath* (1859), 8 Cox C.C. 237; *R. v. Lessard* (1976), 30 C.C.C. (2d) 70; *R. v. Hargraves* (1982), 69 C.C.C. (2d) 380; *Re Regina and Bertucci* (1984), 11 C.C.C. (3d) 83; *R. v. Mysko* (1980), 2 Sask. R. 342; *R. v. Vodden* (1853), Dears. 229, 169 E.R. 706; *R. v. Carter*, [1964] 1 All E.R. 187, 48 Cr. App. R. 122; *Ellis v. Deheer*, [1922] 2 K.B. 113; *Knowlton v. Hydro-Electric Power Com'n.*, [1926] 1 D.L.R. 217; *Ainey v. Regem* (1930), 48 B.R. 488; *Barkhouse v. Vanderploet* (1976), 16 N.S.R. (2d) 445; *Salerno v. White* (1982), 28 C.P.C. 165; *McCready v. Scott* (1967), 62 W.W.R. 563; *R. c. Emkeit*, [1974] R.C.S. 133, confirmant (1971), 3 C.C.C. (2d) 309; *Ralston Purina (Canada) Ltd. v. Thompson View Fur Farms Ltd.* (1984), 12 D.L.R. (4th) 228; *Nanan v. The State*, [1986] 3 All E.R. 248.

Lois et règlements cités

Code criminel, S.R.C. 1927, chap. 36, art. 1025A, [aj. S.C. 1938, chap. 44, art. 49].

Doctrine citée

Bower, George Spencer. *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. By Sir Alexander Kingcome Turner. London: Butterworths, 1969.

Crankshaw's Criminal Code, 8th ed. Gary P. Rodrigues, ed. Toronto: Carswells, 1979.

Halsbury's Laws of England, vol. 11, 4th ed. London: Butterworths, 1975.

Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961.

APPEAL from a judgment of the Saskatchewan Court of Appeal (1984), 13 C.C.C. (3d) 198, 34 Sask. R. 216, allowing an appeal from an acquittal granted by Hrabinsky J., sitting with jury. Appeal allowed.

June Lancaster, for the appellant.

Carol A. Snell, for the respondent.

The judgment of Dickson C.J. and Beetz, McIntyre, Chouinard, Wilson and La Forest JJ. was delivered by

MCINTYRE J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment prepared by my colleague, Lamer J., in this appeal. I agree with him that the acquittal recorded at trial should remain undisturbed. I arrive at this conclusion on a somewhat narrower view of the trial judge's powers on the return of a jury verdict in a criminal trial.

The facts have been set out by Lamer J. and I need not deal with them at great length. I would emphasize, however, that during the course of his charge the trial judge instructed the jury on the offence of attempted murder set out in the indictment, and upon certain included offences on which the accused could be found guilty, depending upon the view the jury took of the evidence. No issue has been raised as to the adequacy of the charge. During the course of their deliberations, the jury returned to the courtroom with a request for further instruction with respect to included offences. The trial judge gave the requested direction and shortly thereafter the jury returned with its verdict of not guilty. The trial judge, having ascertained that the verdict was unanimous, discharged the prisoner, discharged the jury, and adjourned the court until its next sitting day. No question regarding the completeness of the jury's verdict arose until after the prisoner and the jury had been discharged, and at least one member of the jury left the others and entered the public part of the court.

The law is well settled that a trial judge, sitting with a jury, must instruct the jury on the principal

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de la Saskatchewan (1984), 13 C.C.C. (3d) 198, 34 Sask. R. 216, qui a accueilli l'appel d'un acquittement prononcé par le juge Hrabinsky siégeant avec un jury. Pourvoi accueilli.

June Lancaster, pour l'appelant.

Carol A. Snell, pour l'intimée.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Beetz, McIntyre, Chouinard, Wilson et La Forest rendu par

LE JUGE MCINTYRE—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés en l'espèce par mon collègue le juge Lamer. Je suis d'accord avec lui pour dire qu'il n'y a pas lieu de modifier le verdict d'acquittement inscrit au procès. Ma conclusion repose sur une conception un peu plus étroite des pouvoirs que possède le juge du procès après qu'un jury a rendu son verdict dans une instance criminelle.

Comme les faits ont déjà été relatés par le juge Lamer, il ne m'est pas nécessaire d'en traiter très longuement. Je tiens toutefois à souligner que, dans son exposé, le juge du procès a donné au jury des directives concernant l'infraction de tentative de meurtre reprochée dans l'acte d'accusation ainsi qu'à l'égard de certaines infractions incluses dont l'accusé pouvait être reconnu coupable, selon l'interprétation que le jury donnerait, à la preuve. Personne ne prétend que l'exposé au jury n'était pas adéquat. Au cours de leurs délibérations, les jurés sont revenus dans la salle d'audience pour demander d'autres directives concernant les infractions incluses. Le juge du procès a accédé à cette demande et, peu après, le jury est revenu rendre un verdict de non-culpabilité. S'étant assuré qu'il s'agissait d'un verdict unanime, le juge du procès a fait relâcher l'accusé, a libéré le jury et a levé la séance jusqu'au prochain jour d'audience. Le caractère complet du verdict du jury n'a été mis en doute qu'une fois l'accusé et le jury libérés et qu'après qu'au moins un des jurés eut quitté les autres pour gagner la partie publique de la salle d'audience.

Il est bien établi en droit qu'un juge du procès siégeant avec un jury doit lui donner des directives

offence or offences charged in the indictment, as well as any included offences and the verdicts that may be returned upon them. This principle emerges from *R. v. George*, [1960] S.C.R. 871. The *George* case did not involve a jury but the majority of the Court held that it was the duty of a trial judge, in disposing of a criminal case, to consider all included offences of which there is evidence, whether raised by counsel or not. It follows that when sitting with a jury it is the duty of the trial judge to instruct the jury with respect to included offences. There are several cases which follow and apply this principle: see *R. v. Morehouse* (1982), 65 C.C.C. (2d) 231 (N.B.C.A.), pp. 239-40, where *R. v. George*, *supra*, was referred to, as well as *R. v. Longson* (1976), 31 C.C.C. (2d) 421 (B.C.C.A.)

sur l'infraction ou les infractions principales reprochées dans l'acte d'accusation ainsi que sur toutes infractions incluses et les verdicts qui peuvent être rendus à leur égard. C'est le principe qui se dégage de l'arrêt *R. v. George*, [1960] R.C.S. 871. Bien qu'il n'y ait pas eu de jury dans l'affaire *George*, la Cour à la majorité a conclu qu'il incombait au juge du procès en tranchant une affaire criminelle de prendre en considération toutes les infractions incluses qui ressortent de la preuve, que ces infractions aient été ou non mentionnées par l'avocat. Il s'ensuit que le juge du procès qui siège avec un jury a le devoir de lui donner des directives concernant les infractions incluses. Ce principe a été suivi et appliqué dans plusieurs arrêts: voir *R. v. Morehouse* (1982), 65 C.C.C. (2d) 231 (C.A.N.-B.), aux pp. 239 et 240, où l'on s'est référé à l'arrêt *R. v. George*, précité, ainsi qu'à l'arrêt *R. v. Longson* (1976), 31 C.C.C. (2d) 421 (C.A.C.-B.)

On the return of the jury if a clear and unambiguous verdict is given, it is the judge's duty to accept the verdict and, in accordance with the practice of his court, cause it to become a part of the record of the court. Where the verdict is one of acquittal, the prisoner is entitled to an immediate discharge unless subject to continued lawful detention by reason of another cause or matter—see: *R. v. Blanchard*, [1941] 3 D.L.R. 467 (B.C.C.A.), and *R. v. Hess (No. 2)* (1949), 94 C.C.C. 57 (B.C.C.A.) In the *Hess* case, O'Halloran J.A., on a motion for bail by an accused who had been acquitted in the Court of Appeal, but who had been held pending a Crown appeal under the then s. 1025A of the *Criminal Code* [enacted by S.C. 1938, c. 44, s. 49], said, at p. 63:

Si, à son retour, le jury rend un verdict clair et non équivoque, le juge est alors tenu d'accepter ce verdict et, conformément à la pratique de son tribunal, de le faire inscrire dans les registres de la cour. S'il s'agit d'un verdict d'acquittement, l'accusé a droit à sa mise en liberté immédiate, à moins que sa détention ne puisse légalement être poursuivie pour une autre raison—voir: *R. v. Blanchard*, [1941] 3 D.L.R. 467 (C.A.C.-B.), et *R. v. Hess (No. 2)* (1949), 94 C.C.C. 57 (C.A.C.-B.) Voici ce qu'affirme le juge O'Halloran de la Cour d'appel, à la p. 63 de l'arrêt *Hess*, à la suite d'une requête en cautionnement présentée par un accusé que la Cour d'appel avait acquitté, mais qui avait été détenu en attendant que soit entendu un appel interjeté par Sa Majesté en vertu de l'al. 1025A du *Code criminel* [aj. S.C. 1938, chap. 44, art. 49] de l'époque:

> When the appeal court quashes a conviction and does not order a new trial, and as here directs a verdict of acquittal, the former convict is entitled to walk out of Court a free man.

> [TRADUCTION] Quand la Cour d'appel annule une déclaration de culpabilité sans ordonner un nouveau procès et, comme c'est le cas en l'espèce, ordonne un acquittement, l'ex-détenu a le droit d'être mis en liberté.

This principle is so well grounded in law that further authority is hardly necessary (but see: *R. v. Lonar* (1893), 25 N.S.R. 124 (N.S.C.A.), and *R. v. Smith* (1893), 25 N.S.R. 138 (N.S.C.A.) The editors of *Crankshaw's Criminal Code* (8th ed.) cite these cases for the proposition that upon

Ce principe est si bien fondé en droit qu'il n'est guère nécessaire de l'appuyer par d'autres sources ou précédents (voir toutefois: *R. v. Lonar* (1893), 25 N.S.R. 124 (C.A.N.-É.), et *R. v. Smith* (1893), 25 N.S.R. 138 (C.A.N.-É.) Les éditeurs de *Crankshaw's Criminal Code* (8th ed.) citent ces

acquittal an accused is entitled to an immediate discharge from custody. Where the verdict is one of guilt, the trial judge should proceed with the appropriate sentencing procedures in order to complete the disposition of the case.

Where, on the other hand, there is ambiguity in the verdict or where there is reason to doubt that the verdict is unanimous, the trial judge should inquire into the matter to ascertain the true position and, where necessary, he should give such further directions as may be required and allow further deliberation by the jury to satisfy himself that any verdict given will indeed be unanimous, complete and expressive of the actual findings of the jury. The judge has the discretion in such a case to accept a substituted or second verdict for the first one returned. This discretion, however, is one which is to be exercised during the course of the trial, that is, in the presence of the accused and his counsel, and prior to the dissolution of the court by the discharge of the jury. In *R. v. Ford* (1853), 3 U.C.C.P. 209, the jury returned a verdict and after it had been discharged questions arose concerning the unanimity of the verdict. The court refused to disturb the verdict and Macaulay C.J., with whom the other two judges concurred, said, at p. 217-18:

> That a jury may correct their verdict, or that any of them may withhold assent and express dissent therefrom at any time before it is finally entered and confirmed, is clear from numerous authorities; and the judge presiding over a criminal court cannot be too cautious in being assured that, when a result so serious to the party accused as a verdict of guilty is arrived at, all the jury understand the effect and concur in the decision; and if at any moment, before it is too late, anything occurs to excite suspicious on this subject, he should carefully assure himself that there is no misapprehension in the matter.

(Emphasis added.)

Of interest on this point are *Laforet v. The Queen*, [1980] 1 S.C.R. 869, in this Court where the *Ford* case was referred to with approval and discretionary powers of the trial judge were considered, and *R. v. Thomas* (1983), 5 C.C.C. (3d) 464 (Que.

Si, par contre, le verdict est ambigu ou s'il y a des raisons de douter de son unanimité, le juge du procès doit faire enquête afin de déterminer la situation véritable et, si cela est nécessaire, il doit donner toutes les directives supplémentaires qui peuvent être nécessaires et permettre aux jurés de poursuivre leurs délibérations, afin de s'assurer que tout verdict rendu sera vraiment unanime, complet et conforme aux conclusions auxquelles le jury est effectivement arrivé. Le juge peut alors, à sa discrétion, accepter qu'un second verdict soit substitué au premier. Ce pouvoir discrétionnaire doit toutefois être exercé au cours du procès, c'est-à-dire en présence de l'accusé et de son avocat, et avant que le tribunal ne soit dissout par la libération du jury. Dans l'affaire *R. v. Ford* (1853), 3 U.C.C.P. 209, le jury avait rendu un verdict, mais après sa libération, l'unanimité de ce verdict avait été mise en doute. Le tribunal a refusé de toucher au verdict et le juge en chef Macaulay, à l'avis duquel ont souscrit les deux autres juges, a dit, aux pp. 217 et 218:

> [TRADUCTION] Il ressort clairement d'une abondante jurisprudence qu'un jury peut corriger son verdict, ou qu'un juré peut réserver son accord ou exprimer son désaccord à tout moment avant que le verdict ne soit définitivement enregistré et confirmé; et le juge qui préside une cour de juridiction criminelle ne peut faire preuve de trop de prudence en s'assurant que, lorsqu'on arrive à un résultat aussi lourd de conséquences pour l'accusé qu'un verdict de culpabilité, tous les jurés en comprennent l'effet et souscrivent à la décision; et si, à quelque moment, avant qu'il ne soit trop tard, il se produit quoi que ce soit qui soulève un doute sur ce point, il doit s'assurer avec soin qu'il n'y a pas de malentendu à cet égard.

(C'est moi qui souligne.)

Sur ce point, il convient de mentionner l'arrêt *Laforet c. La Reine*, [1980] 1 R.C.S. 869, dans lequel cette Cour a mentionné l'arrêt *Ford* en l'approuvant et a examiné les pouvoirs discrétionnaires du juge du procès, ainsi que les arrêts *R. v.*

C.A.); *R. v. Bryan* (1970), 1 C.C.C. (2d) 342 (B.C.C.A.) It is clear, in my view, that the power or duty of the trial judge to intervene when a jury verdict is returned and to make inquiries relating to the true nature of the verdict is one to be exercised prior to the discharge of the jury and, applying the words of Macaulay C.J. in *Ford*, *supra*, "before it is too late". It will be too late when the jury is discharged and the court created for the trial of the accused has been dissolved.

It was argued that there is English authority to the contrary. The respondent cited *R. v. Carter*, [1964] 1 All E.R. 187, 48 Cr. App. R. 122. In that case, the two appellants were indicted on a single count, robbery with an offensive weapon. Though the prosecutor referred to an alternate verdict of robbery with aggravation, it was not left to the jury. The jury returned a verdict of not guilty of the offence charged, whereupon the trial judge discharged the prisoners. The foreman of the jury then raised the question of included offences and gave a verdict of guilty of robbery with aggravation. The trial judge entered a conviction despite the discharge of the prisoners. It was held in the Court of Appeal that the conviction should stand. The jury was entitled to render the verdict on the included offence without any direction by the judge. They had therefore not completed their verdict when the prisoners were discharged and, accordingly, the discharge was a nullity and the conviction could be recorded.

This is not our case. In *Carter*, though the trial judge had discharged the prisoners, he had not discharged the jury, and upon this basis it could be said, in the words of Lord Parker C.J., at p. 188:

> ... a verdict is not complete until a jury has dealt with all the possible verdicts on the indictment, and, if a judge discharges a prisoner before the jury have completed their verdict, in the view of this court that discharge is a complete nullity.

Thomas (1983), 5 C.C.C. (3d) 464 (C.A. Qué.), et *R. v. Bryan* (1970), 1 C.C.C. (2d) 342 (C.A.C.-B.) Il est clair, selon moi, que le pouvoir ou le devoir qu'a le juge du procès d'intervenir lorsque le jury rend son verdict et de s'enquérir de la nature véritable de ce verdict, doit être exercé ou accompli, selon le cas, avant la libération du jury et, pour reprendre les termes du juge en chef Macaulay dans l'arrêt *Ford*, précité, «avant qu'il ne soit trop tard». Or, il est trop tard lorsque le jury a été libéré et que le tribunal constitué pour juger l'accusé a été dissout.

On a fait valoir qu'il existe un précédent anglais qui dit le contraire. L'intimée a cité l'arrêt *R. v. Carter*, [1964] 1 All E.R. 187, 48 Cr. App. R. 122. Dans cette affaire, les deux appelants avaient à répondre à un seul chef d'accusation de vol qualifié alors que munis d'une arme offensive. Bien que le procureur de la poursuite ait fait mention d'un verdict subsidiaire de vol avec circonstances aggravantes, cette possibilité n'a pas été soumise à l'appréciation du jury. Le jury a donc rendu un verdict de non-culpabilité à l'égard de l'infraction imputée, après quoi le juge du procès a mis les accusés en liberté. Le président du jury a alors soulevé la question des infractions incluses et a rendu un verdict de culpabilité de vol avec circonstances aggravantes. En dépit de la mise en liberté des accusés, le juge a inscrit une déclaration de culpabilité. La Cour d'appel a conclu que cette déclaration de culpabilité devait être maintenue. Le jury avait le droit de rendre le verdict relatif à l'infraction incluse sans avoir reçu de directives du juge. Il n'avait donc pas complété son verdict quand les accusés ont été relâchés et, par conséquent, la mise en liberté de ces derniers était nulle et une déclaration de culpabilité pouvait être inscrite.

Tel n'est pas le cas en l'espèce. Dans l'affaire *Carter*, même si le juge du procès avait relâché les accusés, il n'avait pas libéré le jury et, dans ces circonstances, on pouvait dire, comme l'a fait le lord juge en chef Parker, à la p. 188:

> [TRADUCTION] ... un verdict n'est pas complet tant qu'un jury n'a pas examiné toutes les possibilités de verdict que présente l'acte d'accusation et, selon nous, si un juge met un accusé en liberté avant que le jury n'ait complété son verdict, cette mise en liberté est entièrement nulle.

It will be observed that in the *Carter* case the prisoners were discharged in the course of the trial while the court constituted for the trial remained in existence. It was therefore open to the court to correct the erroneous discharge and accept a verdict of guilt on the lesser offence. It had not at that point become, in the words of Macaulay C.J. in *Ford*, *supra*, "too late" because of the discharge of the jury.

Some support for the course of action followed in *Carter* may be found in two early English cases: *R. v. Parkin* (1824), 1 Mood. C.C. 45, and *R. v. Vodden* (1853), Dears. 229, 169 E.R. 706. They are cited in support of the statement in *Halsbury's Laws of England* (4th), vol. 11, p. 187, para. 321:

> **321. Correction of verdict.** If a verdict is entered which is not in accordance with the intention of the jurors, the mistake may be corrected and a verdict entered in accordance with their intention, or they may retire and reconsider the question and bring in another verdict.

It is to be observed, however, that in neither of the two cases does it appear that the jury had been discharged before it gave its corrected verdict and these cases merely support the proposition, stated above, that prior to the discharge of the jury corrections may be made.

As has been noted by Lamer J., a wider discretion has been accorded to judges presiding over civil trials than that accorded in criminal trials. He has referred to authoritative cases where judges, even after a discharge of the jury, have recalled jurors for the purpose of rectifying error or for the clarification of recorded verdicts. I am unable, however, to find any authority binding on this court which has ever extended such a power to trial judges in criminal cases and I am of the opinion that no such extension of the judicial control over juries should be allowed in criminal cases. There is sound reason for this difference of approach to civil matters. The civil trial results from a dispute between private parties. The Crown is not involved. The state takes no part in the resolution of the dispute—beyond creating the

On constatera que, dans l'affaire *Carter*, les accusés ont été mis en liberté au cours du procès alors que le tribunal constitué en vue dudit procès n'était pas encore dissout. Le tribunal pouvait donc rectifier la mise en liberté erronée et accepter un verdict de culpabilité relativement à l'infraction moindre. Puisque le jury n'avait pas été libéré, il n'était pas encore «trop tard», pour reprendre les termes du juge en chef Macaulay dans l'arrêt *Ford*, précité.

La ligne de conduite adoptée dans l'affaire *Carter* trouve un certain appui dans deux vieilles décisions anglaises: *R. v. Parkin* (1824), 1 Mood. C.C. 45, et *R. v. Vodden* (1853), Dears. 229, 169 E.R. 706. Cette jurisprudence est citée à l'appui de la déclaration suivante que l'on trouve dans *Halsbury's Laws of England* (4th), vol. 11, p. 187, par. 321:

> [TRADUCTION] **321. Rectification du verdict.** Si le verdict inscrit n'est pas conforme à l'intention des jurés, il est possible de rectifier l'erreur et d'inscrire un verdict conforme à leur intention, ou encore ils peuvent se retirer, réexaminer la question et rendre un autre verdict.

Soulignons toutefois que dans ni l'une ni l'autre affaire le jury ne paraît avoir été libéré avant d'avoir prononcé son verdict rectifié. Ces décisions ne font donc qu'étayer la proposition, déjà énoncée, selon laquelle des rectifications peuvent être effectuées avant la libération du jury.

Comme l'a fait remarquer le juge Lamer, les juges qui président les procès civils jouissent d'un pouvoir discrétionnaire plus large que celui qui est accordé dans les instances criminelles. Il s'est référé à des arrêts qui font autorité où, même après avoir libéré le jury, des juges ont convoqué de nouveau les jurés dans le but de rectifier une erreur ou de clarifier des verdicts déjà inscrits. Je ne puis toutefois découvrir aucun arrêt liant cette Cour qui ait jamais conféré un tel pouvoir aux juges de procès dans les affaires criminelles et, à mon avis, une pareille extension du pouvoir des juges sur le jury ne doit pas être permise dans ces affaires. C'est pour une bonne raison que la façon de procéder en matière civile est différente. Le procès civil résulte d'un différend entre des particuliers. Sa Majesté n'est pas en cause. La partici-

forum for its settlement—and the public generally has no interest. The parties come to court and, if a jury has been chosen as a part of the process, each party has a vital interest in securing its verdict in order to bring to an end the expense and the asperities of litigation. It is in pursuance of this objective that trial judges have been accorded the wider discretion which is justifiable, since its purpose and effect is to resolve a private dispute that is not otherwise of interest to the general public. The criminal case is different. Here, the state and the general public have vital interests in the administration of justice. The accused, of course, has a vital interest in the outcome of his case. Accordingly, sound policy requires a strict approach to the criminal process which will serve to recognize and protect both the interests of the state and the public, and the particular interest of the accused.

pation de l'État se résume a la création du tribunal chargé de régler le litige dans lequel le public n'a généralement aucun intérêt. Les parties se présentent en cour et, si elles choisissent de procéder devant un jury, chacune d'elles a vivement intérêt à obtenir un verdict en sa faveur pour mettre fin au procès avec toutes les dépenses et tout le désagrément qu'il entraîne. C'est pour permettre d'atteindre cet objectif que les juges du procès se sont vu accorder un pouvoir discrétionnaire plus large, ce qui est justifiable puisque cela a pour but et pour effet de résoudre des litiges privés qui par ailleurs sont sans importance pour le public en général. Les affaires criminelles sont une toute autre chose en ce sens que l'administration de la justice revêt une importance capitale pour l'État et le public en général. Il va sans dire que l'issue du procès est également d'une importance capitale pour l'accusé. Par conséquent, il convient d'adopter à l'égard des procédures criminelles une attitude stricte qui permette de reconnaître et de protéger les intérêts de l'État et du public et, en même temps, les intérêts particuliers de l'accusé.

Turning to the case at bar, it must be accepted that the charge to the jury was adequate, both as to the principal offence and as to the included offences. When the jury returned its verdict, the foreman gave a clear anc completely unambiguous verdict of acquittal and it was acknowledged, in accordance with accepted practice, by each member of the jury. The jury had been charged once on included offences and had returned to the courtroom after commencing deliberation for further instruction. It was then in these circumstances a reasonable conclusion on the part of the trial judge that the jury had considered the included offences and that the jury's verdict was intended to be a full acquittal, including the principal and any included offences. Even in these circumstances, it might have been wiser for the trial judge to inquire from the foreman whether they had any verdict or verdicts respecting the included offences, but I cannot say that it was reversible error on his part to do as he did and discharge both the prisoner and the jury.

Dans la présente affaire, on doit tenir pour acquis que l'exposé au jury a été adéquat tant en ce qui concerne l'infraction principale qu'en ce qui concerne les infractions incluses. Quand le jury a rendu son verdict, le président du jury a prononcé l'acquittement d'une manière claire et nette et, conformément à la pratique établie, chaque juré a confirmé ce verdict. Le jury avait déjà reçu une fois des directives sur les infractions incluses et, après avoir commencé ses délibérations, il était revenu dans la salle d'audience pour en obtenir d'autres. Dans ces circonstances, le juge du procès a donc eu raison de conclure que le jury avait analysé les infractions incluses et que son verdict était censé constituer un acquittement complet portant à la fois sur l'infraction principale et sur toute infraction incluse. Encore là, il eut peut-être été plus sage que le juge du procès demande au président du jury si ce dernier avait un verdict quelconque à rendre au sujet des infractions incluses, mais je ne peux pas dire qu'il a commis une erreur donnant lieu à cassation en libérant, comme il l'a fait, l'accusé et le jury.

I am aware that in *Longson*, *supra*, I said, at p. 425, that it was the duty of the trial judge to tell the jury that:

> ... if they are not satisfied upon the guilt of the accused on the specific offence they must then consider the included offence or offences of which they have been informed and render a verdict upon them.

In the case at bar, however, where it was evident that the jury had considered the included offences, and although to convict on one or more of the included offences verdicts to that effect would be required, the clear verdict of not guilty on the principal offence would justify the trial judge in accepting the verdict as a complete acquittal and it would have that effect.

This view finds support in Bower, *The Doctrine of Res Judicata* (2nd ed. 1969), where the learned author, in referring to the significance of a general acquittal when the offence charged included other offences, said, at p. 273:

> And there are other cases in which the jury is authorized by statute, or the Common Law, to acquit the accused of the offence of which he is charged, and to convict him of some other offence of less degree. In such cases, if the jury return a verdict of acquittal, the judgment following the verdict, whereby the accused is acquitted of the major offence, is deemed to carry with it a judgment of acquittal on the minor offence also.

The same proposition was expressed by Lord Morris of Borth-y-Gest in *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254, at p. 1305, in these words:

> In my view, both principle and authority establish: (1) that a man cannot be tried for a crime in respect of which he has previously been acquitted or convicted; (2) that a man cannot be tried for a crime in respect of which he could on some previous indictment have been convicted ....

and later, at p. 1312, he quoted:

> Thus, an acquittal upon an indictment for murder may be pleaded in bar of another indictment for manslaughter: and an acquittal upon an indictment for burglary and larceny may be pleaded to an indictment for the larceny of the same goods; because, in either of these cases, the prisoner might, on the former trial, have

Je suis conscient que dans l'arrêt *Longson*, précité, j'ai affirmé, à la p. 425, qu'il était du devoir du juge du procès de dire aux jurés que:

> [TRADUCTION] ... s'ils ne sont pas convaincus, de la culpabilité de l'accusé relativement à l'infraction précise qui lui est imputée, ils doivent alors examiner l'infraction ou les infractions incluses dont ils ont été informés et rendre un verdict sur ces infractions.

En l'espèce, cependant, il était évident que le jury avait analysé les infractions incluses et, bien que pour qu'il y ait déclaration de culpabilité de l'une ou plusieurs des infractions incluses il fallait que des verdicts soient rendus en ce sens, le verdict clair de non-culpabilité à l'égard de l'infraction principale justifierait que le juge du procès accepte ce verdict comme un acquittement complet et tel serait alors son effet.

Ce point de vue est appuyé par Bower, *The Doctrine of Res Judicata* (2nd ed. 1969), à la p. 273, où le savant auteur affirme, au sujet de la portée d'un acquittement général lorsque l'infraction reprochée inclut d'autres infractions:

> [TRADUCTION] Il y a d'autres cas où un jury est autorisé par la loi écrite ou la *common law* à prononcer l'acquittement de l'accusé relativement à l'infraction qui lui est imputée et à le déclarer coupable d'une autre infraction de gravité moindre. Dans ces cas, si le jury rend un verdict d'acquittement, le jugement qui y fait suite, portant acquittement de l'accusé relativement à l'infraction majeure, est réputé emporter jugement d'acquittement à l'égard de l'infraction moindre.

Le même point de vue a été exprimé ainsi par lord Morris of Borth-y-Gest dans l'arrêt *Connelly v. Director of Public Prosecutions*, [1964] A.C. 1254, à la p. 1305:

> [TRADUCTION] À mon avis, la doctrine et la jurisprudence établissent toutes les deux: (1) qu'un homme ne peut pas être jugé pour un crime dont il a déjà été acquitté ou déclaré coupable; (2) qu'un homme ne peut pas être jugé pour un crime dont il aurait pu être déclaré coupable par suite d'un acte d'accusation antérieur ...

Plus loin à la p. 1312, il cite:

> [TRADUCTION] Donc, un acquittement relativement à une accusation de meurtre peut être opposé à une autre accusation d'homicide involontaire coupable et un acquittement relativement à une accusation de cambriolage et de larcin peut être opposé à une accusation de simple larcin à l'égard des mêmes biens parce que, dans

been convicted of the offence charged against him in the second indictment.

I am aware that Lord Morris was in the minority in the *Connelly* case, but his views on this particular question were not out of harmony with the majority. The same principle has found statutory expression in s. 537(2) of the *Criminal Code*.

Lord Morris, Bower (2nd ed.), and s. 537 (2) of the *Criminal Code* all deal with the special plea of *autrefois acquit* and that plea is not in issue in the case at bar, but the references are helpful in that they illustrate the finality of a general acquittal and support the position of the appellant.

It follows from what I have said that the accused is entitled to his acquittal. As described above, he was discharged and the jury was discharged. The court was then adjourned. Accordingly, the court which had jurisdiction to try the accused had been dissolved. It was wholly *functus*. When the question arose as to the verdict, the matter had passed beyond the stage where any correction could be made. I would therefore allow the appeal and restore the acquittal.

The following are the reasons delivered by

LAMER J.—The issues in this case are the following: Once discharged, can a jury be reconvened to, 1. reconsider its verdict; or 2. complete or correct the transmission and recording of a verdict it had arrived at prior to discharge?

The Facts

The facts that gave rise to this appeal are straightforward. The appellant was accused of attempted murder and was tried by judge and jury. In his charge to the jury, Hrabinsky J., of the Court of Queen's Bench for Saskatchewan, informed the jury that "in addition to the charge on the Indictment, ... there are lesser included offences of which you may find the accused guilty or not guilty". He indicated that if the jury found the accused not guilty of attempted murder, they would have to decide whether or not the accused

l'un et l'autre cas, l'accusé aurait pu, lors du procès antérieur, être reconnu coupable de l'infraction que lui reproche le second acte d'accusation.

Je suis conscient que lord Morris faisait partie de la minorité dans l'affaire *Connelly*, mais son opinion sur cette question précise s'accorde avec celle de la majorité. Le même principe a été consacré par le législateur dans le par. 537(2) du *Code criminel*.

Lord Morris, l'auteur Bower (2nd ed.) et le par. 537(2) du *Code criminel* traitent tous du moyen de défense spécial d'autrefois acquit. Bien qu'il ne soit pas question de ce moyen de défense en l'espèce, les passages cités ont ceci d'utile qu'ils démontrent le caractère définitif d'un acquittement général et appuient la position de l'appelant.

Il s'ensuit de ce qui précède que l'accusé a droit à l'acquittement. Comme je l'ai déjà dit, il a été relâché, le jury a été libéré et la séance a été levée. Par conséquent, le tribunal qui avait compétence pour juger l'accusé avait été dissout. Il était entièrement *functus*. Quand on a soulevé la question concernant le verdict, il était déjà trop tard pour le rectifier. Je suis donc d'avis d'accueillir le pourvoi et de rétablir l'acquittement.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LAMER—Les questions en litige en l'espèce sont les suivantes: Une fois libéré, un jury peut-il être convoqué de nouveau, 1. pour réexaminer son verdict, ou 2. pour compléter ou rectifier la communication et l'inscription d'un verdict auquel il était arrivé avant d'être libéré?

Les faits

Les faits qui ont donné naissance à ce pourvoi sont simples. L'appelant a été accusé de tentative de meurtre et a subi son procès devant un juge et un jury. Dans son exposé au jury, le juge Hrabinsky de la Cour du Banc de la Reine de la Saskatchewan a dit au jury que [TRADUCTION] «outre l'infraction visée par l'acte d'accusation, ... il y a des infractions incluses moindres dont vous pouvez déclarer l'accusé coupable ou non coupable». Il a indiqué que, si les jurés déclaraient l'accusé non coupable de tentative de meurtre, ils

was guilty of, 1. causing bodily harm by discharging a firearm with intent to wound, maim or disfigure; 2. causing bodily harm by discharging a firearm with intent to endanger the life of any other person; 3. unlawfully causing bodily harm, or; 4. assault causing bodily harm.

After its deliberations the jury returned to the court room and indicated that it had reached a verdict. The foreman announced that the jurors had found the accused not guilty. It is, I think, helpful to reproduce the relevant parts of the record of the events that took place in the court room.

COURT CLERK: Ladies and Gentlemen of the Jury, have you agreed upon your verdict.

FOREMAN: Yes, we have.

COURT CLERK: How say you, is the prisoner guilty or not guilty?

FOREMAN: The prisoner is not guilty.

COURT CLERK: Harken to your verdict as the Court records it, you find the prisoner not guilty.

FOREMAN: Yes.

COURT CLERK: And so say you all?

JURORS: Yes.

THE COURT: Ladies and Gentlemen of the Jury, I thank you for your careful attention given to this case and the care that you took in reaching your decision . . . You are free to leave, but you must return on Monday, October seventeenth at ten a.m. Thank you again. If you wish to stay in the court room, you may, if you want to move into the court room.

(Emphasis added.)

The trial judge then turned to the accused and told him that he had been found not guilty and that he was discharged. The clerk of the court then said: "Court is adjourned until ten o'clock Monday morning". The following conversation then took place between the judge and the foreman of the jury:

devraient alors décider s'il était coupable, 1. d'avoir causé des lésions corporelles en déchargeant une arme à feu dans l'intention de blesser, de mutiler ou de défigurer, 2. d'avoir causé des lésions corporelles en déchargeant une arme à feu dans l'intention de mettre en danger la vie d'une autre personne, 3. d'avoir causé illégalement des lésions corporelles, ou 4. de s'être livré à des voies de fait qui ont causé des lésions corporelles.

Après avoir délibéré, le jury a regagné la salle d'audience et a fait savoir qu'il était arrivé à un verdict; le président du jury a annoncé qu'on avait conclu à la non-culpabilité de l'accusé. Je crois qu'il est utile de reproduire les passages pertinents de la partie du dossier qui traite de ce qui s'est passé dans la salle d'audience.

[TRADUCTION]

GREFFIER DE LA COUR: Mesdames et messieurs les jurés, êtes-vous convenus d'un verdict?

PRÉSIDENT DU JURY: Oui.

GREFFIER DE LA COUR: Quel est votre verdict, l'accusé est-il coupable ou non coupable?

PRÉSIDENT DU JURY: L'accusé n'est pas coupable.

GREFFIER DE LA COUR: Entendez votre verdict tel qu'il est inscrit par la Cour, vous déclarez l'accusé non coupable.

PRÉSIDENT DU JURY: Oui.

GREFFIER DE LA COUR: Et c'est là votre avis unanime?

LES JURÉS: Oui.

LA COUR: Mesdames et messieurs les jurés, je vous remercie de toute l'attention que vous avez donnée à cette affaire et du soin que vous avez mis pour arriver à votre décision . . . Vous êtes libres de partir, mais vous devez revenir le lundi 17 octobre à 10 h. Je vous remercie encore une fois. Vous pouvez, si vous le voulez, rester dans la salle d'audience, mais je vous prie de quitter le banc des jurés.

(C'est moi qui souligne.)

Le juge du procès s'est alors tourné vers l'accusé et lui a dit qu'il avait été déclaré non coupable et qu'il était relâché. Puis le greffier de la cour a déclaré: [TRADUCTION] «La séance est levée jusqu'à 10 h lundi.» C'est alors que l'échange de propos suivant a eu lieu entre le juge et le président du jury:

THE COURT: Oh, just a moment, the jury foreman, did you wish to say something?

FOREMAN: Well, when we discussed this we thought we could find the Defendant not guilty of the charge as laid, but guilty of a lesser charge, is that right?

THE COURT: Well, I believe I'm functus officio. That means that I have nothing further. That is why I spelled out very clearly to you the various things that you were to find. However, I'll hear submissions from counsel.

Counsel were then invited to make submissions regarding what had occurred. It was revealed during the oral submissions that by the time the foreman had spoken to the judge, one of the jurors had gone past the bar and was in the body of the court room.

Hrabinsky J. then made the following comments:

THE COURT: Sheriff, would you call the jury in, but have them sit in the body of the court room.

JURY RETURN.

THE COURT: Now, what has transpired here today is most unusual indeed, and it is very disappointing after a number of days of jury trial to end in this manner. However, I have concluded that because I discharged the jury before the jury spoke up and said, "Oh, oh, wait, we have something else to say", and I tried to be cautious to give the jury lots of time to do this, nothing was said even while I was saying that I will discharge you until October seventeenth and so on. The jury even went so far as to go, most of them, back into the jury room, when the foreman made a motion and said something to me and then indicated that although they had found the accused not guilty of attempted murder they had a lesser offence to deal with. Unfortunately they did not bring this to the attention of the Court when they were asked, "How say you?". Under the circumstances, I am of the opinion that I am functus, that is, without jurisdiction once having discharged the jury and the accused. The Crown may have a remedy, and I emphasize may have a remedy, by way of an appeal which might, if successful, entail a new trial so that justice will be done. But under the circumstances, as I have already stated, I feel that I am functus and disappointing as it may be, it is my opinion that that is the law and if there is any consolation in a situation such as this, I suppose it

[TRADUCTION]

LA COUR: Oh, un instant, le président du jury, avez-vous quelque chose à dire?

PRÉSIDENT DU JURY: Bien, quand nous en avons discuté, nous avons cru que nous pourrions déclarer l'accusé non coupable de l'infraction reprochée, mais coupable d'une infraction moindre, n'est-ce pas?

LA COUR: Bien, je crois que je suis *functus officio.* Cela veut dire que je n'ai plus compétence dans cette affaire. C'est la raison pour laquelle je vous ai énoncé très clairement les différents points sur lesquels vous deviez vous prononcer. Cependant, j'entendrai les observations des avocats.

Les avocats ont alors été invités à faire des observations orales sur ce qui s'était produit. Il en est ressorti qu'au moment où le président du jury s'était adressé au juge, l'un des jurés avait franchi la barre et se trouvait dans la partie publique de la salle d'audience.

Le juge Hrabinsky a alors dit ce qui suit:

[TRADUCTION]

LA COUR: Monsieur le shérif, auriez-vous l'obligeance de convoquer les jurés, mais faites les asseoir dans la partie publique de la salle d'audience.

RETOUR DU JURY.

LA COUR: Maintenant, ce qui s'est produit ici aujourd'hui est vraiment très inhabituel, et il est très décevant qu'un procès de plusieurs jours devant un jury se termine ainsi. Toutefois, j'ai conclu que, puisque j'ai libéré le jury avant qu'il ne dise: «Oh! oh! attendez, nous avons quelque chose à ajouter», et que j'ai essayé de faire en sorte que le jury ait amplement le temps de le faire, rien n'a été dit même pendant que je déclarais que je le libérerais jusqu'au 17 octobre, et ainsi de suite. La plupart des jurés étaient même allés jusqu'à retourner dans la salle des jurés quand le président du jury m'a fait signe et m'a adressé quelques paroles, pour me dire ensuite que, même s'ils avaient déclaré l'accusé non coupable de tentative de meurtre, il y avait une infraction moindre sur laquelle ils devaient se pencher. Malheureusement, le jury n'a pas signalé cela à la cour quand on lui a demandé: «Quel est votre verdict?» Dans les circonstances, j'estime que je suis *functus*, c'est-à-dire dépouillé de compétence, une fois que j'ai libéré le jury et relâché l'accusé. La poursuite a peut-être, et j'insiste sur le terme «peut-être», un recours sous la forme d'un appel qui, s'il était accueilli, pourrait permettre d'obtenir un nouveau procès afin que justice soit faite. Mais, dans les circonstances, comme je l'ai déjà dit, je crois que je suis *functus* et, si décevant que cela

can be said it is better to err in favour of the accused if one is to err.

The Court of Appeal for Saskatchewan

The majority of the Court of Appeal held that the trial judge erred in applying "the doctrine of" *functus officio* to the facts of the case. According to Tallis J.A., with whom Vancise J.A. concurred, the jury verdict was not complete as the jury had not dealt "with all possible verdicts open to them on the indictment". Since the trial judge had instructed the jury on the lesser and included offences, the majority of the Court of Appeal was of the opinion that the jury verdict was not complete until it was clear that all of the possible verdicts had been dealt with and disposed of and held that in such a situation the trial judge has an obligation to recall the jurors in order to take their complete verdict. Tallis and Vancise JJ.A. set aside the acquittal and ordered a new trial on all of the lesser and included offences.

Hall J.A., in dissent, was of the opinion that the record indicated that the accused was acquitted of the principal charge and all of the included offences and to have him stand trial on any of the included offences would place him in double jeopardy. He concluded his brief reasons as follows:

> In any event, if a new trial should be ordered, in my opinion, it must be limited to the least of the included offences.
>
> Under the circumstances, I would dismiss the Crown's appeal.

The disagreement below appears to me to be factual. Tallis and Vancise JJ.A. were of the view that the jury had not completely transmitted its verdict to the court while Hall J.A. was of a contrary view.

They all agreed that until the jury had given its full verdict the judge was not *functus*.

puisse être, j'estime que c'est la loi et, dans la mesure où il peut être possible de se consoler dans une situation comme celle-ci, je suppose qu'on peut dire que, s'il doit y avoir erreur, mieux vaut que ce soit en faveur de l'accusé.

La Cour d'appel de la Saskatchewan

La Cour d'appel à la majorité a conclu que c'est à tort que le juge du procès a appliqué [TRADUCTION] «le principe de» *functus officio* aux faits de la présente instance. Selon le juge Tallis, à l'avis duquel le juge Vancise a souscrit, le verdict était incomplet puisque le jury n'avait pas étudié [TRADUCTION] «toutes les possibilités de verdicts que présentait l'acte d'accusation». Vu que le juge du procès avait donné au jury des directives sur les infractions moindres et incluses, la Cour d'appel à la majorité a été d'avis que le verdict du jury n'était pas complet tant qu'il n'était pas évident que tous les verdicts possibles avaient été examinés et écartés, et a conclu que dans une telle situation il incombe au juge du procès de convoquer de nouveau les jurés pour recueillir leur verdict au complet. Les juges Tallis et Vancise ont annulé l'acquittement et ordonné la tenue d'un nouveau procès qui porterait sur chacune des infractions moindres et incluses.

Le juge Hall, dissident, a estimé que, d'après le dossier, l'accusé avait été acquitté quant à l'accusation principale et à chacune des infractions incluses, et que lui faire subir un procès relativement à l'une ou l'autre de ces dernières infractions aurait pour effet de le soumettre à une seconde poursuite relativement aux mêmes faits. Il a terminé ainsi ses brefs motifs de jugement:

> [TRADUCTION] En tout état de cause, s'il y a lieu d'ordonner un nouveau procès, ce procès doit, selon moi, se limiter à la moindre des infractions incluses.
>
> Dans les circonstances, je suis d'avis de rejeter l'appel du ministère public.

Le désaccord en Cour d'appel me paraît porter sur les faits. Les juges Tallis et Vancise ont estimé que le jury n'avait pas communiqué à la cour son verdict au complet, tandis que le juge Hall était d'avis contraire.

Tous ont convenu que, tant que le jury n'avait pas rendu son verdict au complet, le juge n'était pas *functus*.

The Law

It is generally accepted that a trial judge sitting without a jury is not *functus officio* until he has finally disposed of the case. Where the accused is acquitted the trial judge will have exhausted his jurisdiction when the accused is discharged and the trial judge cannot then reopen the case. Following a finding of guilt, however, the judge's duties are not spent until after a sentence is imposed. The trial judge can, in exceptional circumstances and before the imposition of the sentence, reopen the case to permit the accused to tender further evidence. This principle, stated over one hundred years ago in *R. v. Clouter & Heath* (1859), 8 Cox C.C. 237, has recently been reaffirmed in Canada (see for example, *R. v. Lessard* (1976), 30 C.C.C. (2d) 70 (Ont. C.A.); *R. v. Hargraves* (1982), 69 C.C.C. (2d) 380 (Ont. C.A.); *Re Regina and Bertucci* (1984), 11 C.C.C. (3d) 83 (Sask. C.A.); and *R. v. Mysko* (1980), 2 Sask. R. 342 (C.A.)) If the judge, sitting alone, were *functus* as regards the determination of guilt as of the moment of that determination, he would have no jurisdiction to reopen the case.

In cases where the trial is before a court composed of a judge and a jury the rule cannot be the same. The jury, as the trier of fact, decides whether the accused is guilty or not guilty. Even though the verdict is unanimous, if it is unclear, the trial judge may refuse to register it and may require that the jury reconsider its verdict. Up until the time it is discharged, the jury may correct an error in its verdict, even if the accused has been discharged (see *R. v. Vodden* (1853), Dears. 229, 169 E.R. 706; *R. v. Carter*, [1964] 1 All E.R. 187, 48 Cr. App. R. 122). But once the jury verdict has been recorded and the jury has been discharged, the assessment of guilt is, subject of course to an appeal, final. The judge, by then sitting alone, cannot reopen the case. All that remains, where the accused has been found guilty, is for the judge to sentence the accused.

Once the verdict has been registered and the jury has been discharged, the jury cannot be recalled and sent back to reconsider its verdict but,

Les principes de droit

Il est généralement admis qu'un juge du procès siégeant sans jury n'est *functus officio* qu'après avoir tranché définitivement l'affaire. En cas d'acquittement, le juge du procès a épuisé sa compétence une fois que l'accusé est libéré et le juge ne peut alors rouvrir les débats. Toutefois, à la suite d'une déclaration de culpabilité, ce n'est qu'après avoir imposé une peine que le juge a fini de remplir sa tâche. Il est loisible au juge du procès, dans des circonstances exceptionnelles et avant l'imposition de la peine, de rouvrir le dossier pour permettre à l'accusé de présenter d'autres éléments de preuve. Ce principe, énoncé il y a plus de cent ans dans la décision *R. v. Clouter & Heath* (1859), 8 Cox C.C. 237, a récemment été affirmé de nouveau au Canada (voir, par exemple, *R. v. Lessard* (1976), 30 C.C.C. (2d) 70 (C.A. Ont.); *R. v. Hargraves* (1982), 69 C.C.C. (2d) 380 (C.A. Ont.); *Re Regina and Bertucci* (1984), 11 C.C.C. (3d) 83 (C.A. Sask.); et *R. v. Mysko* (1980), 2 Sask. R. 342 (C.A.)) Si le juge, siégeant seul, était *functus* en ce qui concerne la détermination de la culpabilité dès l'instant de cette détermination, il n'aurait pas compétence pour rouvrir le dossier.

Dans les affaires où le procès se déroule devant un tribunal composé d'un juge et d'un jury, la règle ne peut être la même. Le jury, en sa qualité de juge des faits, décide de la culpabilité ou de la non-culpabilité de l'accusé. Même en cas d'unanimité, le juge du procès peut si le verdict est équivoque refuser de l'inscrire et exiger du jury qu'il réexamine son verdict. Jusqu'à ce qu'il soit libéré, le jury peut corriger une erreur dans son verdict, et ce, même si l'accusé a été relâché (voir *R. v. Vodden* (1853), Dears. 229, 169 E.R. 706; *R. v. Carter*, [1964] 1 All E.R. 187, 48 Cr. App. R. 122). Mais, une fois que le verdict du jury est inscrit et que les jurés sont libérés, l'appréciation de la culpabilité est, sous réserve évidemment d'un appel, définitive. Le juge, qui siège alors seul, ne peut rouvrir le dossier. Lorsque l'accusé a été reconnu coupable, il ne reste plus au juge qu'à lui imposer une peine.

Dès que le verdict a été inscrit et que le jury a été libéré, il n'est pas possible de convoquer de nouveau les jurés et de les renvoyer réexaminer

I hasten to interject, there is a difference between reconsidering a verdict and correcting an error made in its conveyance to, or registration by, the court. In *Fletcher v. Thomas*, [1931] 3 D.L.R. 142, the jury had been discharged after their verdict but still remained in the court room. A few jurors approached counsel for the plaintiff and stated that they had misunderstood two of the questions that had been put to them and that the verdict did not reflect their intentions. Logie J. of the Ontario Supreme Court refused to reconvene the jury. He stated, at p. 146:

> I would go further than this and say that to allow a jury *functus officio* to re-assemble and alter or purport to explain a verdict already given by them would be a scandal on the administration of justice and cannot be permitted at any time after they have given their verdict and been discharged. If a higher Court should see fit to order a new trial, that is quite a different matter, and I conceive that such a course would be taken only on the clearest proof of a grave miscarriage of justice.

In *Watson v. Fitzpatrick* (1967), 65 D.L.R. (2d) 729, after the jury had been discharged, Ruttan J. of the British Columbia Supreme Court was asked to consider a motion by the plaintiffs to set aside the jury verdict and to direct a new trial. The sole reason for the motion was that the damage award was "inordinately low". Ruttan J. refused to grant the motion stating that "The jury has been discharged and cannot now be recalled to consider their decision". The error, if there was one, was in the deliberations of the jury and it was held that that cannot be grounds for recalling the jury to reconsider its decision. (See also *Ellis v. Deheer*, [1922] 2 K.B. 113 (C.A.); *Knowlton v. Hydro-Electric Power Com'n.*, [1926] 1 D.L.R. 217 (Ont.); *Ainey v. Regem* (1930), 48 B.R. 488 (Que. K.B.); *Barkhouse v. Vanderploet* (1976), 16 N.S.R. (2d) 445 (C.A.); *Salerno v. White* (1982), 28 C.P.C. 165 (Ont. H.C.))

leur verdict. Je m'empresse toutefois d'ajouter qu'il y a une différence entre le réexamen d'un verdict et la rectification d'une erreur faite dans sa communication au tribunal ou dans son inscription par ce dernier. Dans l'affaire *Fletcher v. Thomas*, [1931] 3 D.L.R. 142, le jury avait été libéré après avoir rendu son verdict, mais il se trouvait toujours dans la salle d'audience. Quelques jurés ont abordé l'avocat du demandeur pour lui dire qu'ils avaient mal compris deux des questions qui leur avaient été soumises et que leur verdict ne traduisait pas leurs intentions. Le juge Logie de la Cour suprême de l'Ontario a refusé de convoquer de nouveau le jury. Voici ce qu'il affirme, à la p. 146:

> [TRADUCTION] J'irais plus loin en disant que permettre à un jury qui est *functus officio* de se réunir de nouveau pour modifier ou, pour tenter d'expliquer un verdict qu'il a déjà rendu aurait pour effet de discréditer l'administration de la justice et est tout à fait inadmissible après la communication du verdict et la libération du jury. Si jamais un tribunal de juridiction supérieure juge à propos d'ordonner la tenue d'un nouveau procès, cela est tout à fait différent, et j'imagine que cela ne se ferait que si l'on présentait une preuve des plus claires d'un grave déni de justice.

Dans l'affaire *Watson v. Fitzpatrick* (1967), 65 D.L.R. (2d) 729, après que le jury eut été libéré, les demandeurs ont saisi le juge Ruttan de la Cour suprême de la Colombie-Britannique d'une requête visant à obtenir l'annulation du verdict du jury et une ordonnance de nouveau procès. Le seul motif donné à l'appui de la requête était le caractère [TRADUCTION] «démesurément bas» du montant des dommages-intérêts accordés. Le juge Ruttan, qui a refusé de faire droit à la requête, a expliqué que [TRADUCTION] «Le jury a été libéré et ne peut maintenant être convoqué de nouveau pour repenser sa décision». L'erreur, si vraiment il y a eu erreur, a été commise au cours des délibérations du jury et on a conclu que cela ne saurait constituer une raison suffisante pour convoquer de nouveau le jury afin qu'il réexamine sa décision. (Voir aussi *Ellis v. Deheer*, [1922] 2 K.B. 113 (C.A.); *Knowlton v. Hydro-Electric Power Com'n.*, [1926] 1 D.L.R. 217 (C.S. Ont.); *Ainey v. Regem* (1930), 48 B.R. 488 (Qué.); *Barkhouse v. Vanderploet* (1976), 16 N.S.R. (2d) 445 (C.A.); *Salerno v. White* (1982), 28 C.P.C. 165 (H.C. Ont.))

Although the jury cannot be allowed to reconsider its verdict after it has been discharged, it may be allowed to rectify errors that were made in the transmission or recording of its verdict notwithstanding the discharge and, indeed, even if the jury members have interacted with the public. If it has become apparent, after the discharge of the jury, that the foreman erred or, as in this case, might have erred in delivering the verdict, and that, as a result, the record may well not reflect the decision arrived at in the jury room, the jury is allowed to correct the error. *Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8 explains at paragraph 2355, that the reason for allowing the jury to correct the recording of the verdict, after the jury has been discharged, is a practical one:

> It has occasionally been said that this correction must be claimed before the jury are discharged, but this seems unsound because such errors are seldom ascertained until after the jury have separated and conversed out of court, and if the error is satisfactorily established, there can hardly be any fixed time to limit its correction.

At paragraph 2356, he emphasizes that the statements of the jurors are inadmissible if being tendered for the purpose of explaining or changing the substance of the verdict:

> ... *after the verdict* has been pronounced by the jury and accepted by the judge and the jury has been discharged, the verdict is final as regards its meaning and effect. Hence, *no statements by the jurors*, either unanimously or individually, can be resorted to for *explaining or changing its meaning or legal effect.*

McCulloch v. Ottawa Transportation Commission, [1954] 2 D.L.R. 443 (Ont. C.A.), illustrates this point. In that case, which was an action for damages due to negligence arising from the operation of motor vehicles, one of the tasks of the jury was to apportion liability between the plaintiff and the defendant. The apportionment of the degree of negligence was set forth by the jury as 80% to the plaintiff and 20% to the defendant. The jury was then discharged. While the judge was discussing the question of costs with counsel, a juryman,

Bien qu'un jury, une fois libéré, ne puisse réexaminer son verdict, il peut être autorisé à rectifier des erreurs faites dans la communication ou dans l'inscription de son verdict, et ce, nonobstant sa libération et en fait, même si ses membres ont eu des échanges avec le public. Si, après la libération des jurés, il devient évident que le président du jury a commis une erreur ou, comme c'est le cas en l'espèce, qu'il a pu en commettre une en rendant le verdict, et que, par conséquent, il se peut bien que le dossier ne reflète pas la décision à laquelle on est arrivé dans la salle des jurés, il est alors permis au jury de corriger l'erreur. Dans *Wigmore on Evidence* (McNaughton rev. 1961), vol. 8, on précise au paragraphe 2355 que s'il est permis au jury, après sa libération, de corriger le verdict qui a été inscrit, c'est pour une raison d'ordre pratique:

> [TRADUCTION] On a parfois soutenu qu'il faut demander cette rectification avant que le jury ne soit libéré, mais cet argument semble porter à faux parce que de telles erreurs sont rarement constatées avant que les jurés ne se soient dispersés et qu'ils n'aient eu des conversations hors de la salle d'audience et, si l'erreur est établie d'une manière satisfaisante, sa rectification ne peut guère être soumise à un délai fixe.

Au paragraphe 2356, on souligne que les déclarations des jurés sont inadmissibles si elles visent à expliquer ou à modifier le fond du verdict:

> [TRADUCTION] ... *après que le verdict* a été prononcé par le jury et accepté par le juge et que les jurés ont été libérés, ce verdict est définitif en ce qui concerne son sens et son effet. Par conséquent, on ne saurait avoir recours à *aucune déclaration des jurés*, peu importe qu'elle ait été faite à l'unanimité ou à titre individuel, pour *expliquer ou modifier le sens du verdict ou son effet sur le plan juridique.*

L'arrêt *McCulloch v. Ottawa Transportation Commission*, [1954] 2 D.L.R. 443 (C.A. Ont.), illustre ce point. Il s'agissait dans cette affaire d'une action en dommages-intérêts pour cause de négligence dans la conduite de véhicules automobiles. Le jury, qui avait charge notamment de répartir la responsabilité entre le demandeur et la défenderesse, a imputé le degré de négligence à quatre-vingts pour cent pour le demandeur et à vingt pour cent pour la défenderesse, après quoi il a été libéré. Pendant que le juge discutait de la

through a constable in attendance in the courtroom, brought to the attention of the plaintiff's counsel that there had been an error made in presenting the degrees of the apportionment. The judge, despite being aware of the error, entered judgment in accordance with the original findings. Citing *Wigmore*, Hope J.A., of the Ontario Court of Appeal, allowed the appeal and corrected the judgment. In his reasons for judgment, concurred in by both Hogg and F. G. MacKay JJ.A., he stated, at p. 445:

> I agree thoroughly ... that no evidence can be received by way of affidavit or otherwise after the delivery of the verdict to explain some error or mistake which occurred during the deliberation of the members of the jury in the jury-room before arriving at a verdict. However, I think the cases are quite clear that where a verdict has been reached by a jury, a unanimous verdict, as in this case, and some clerical error has occurred either in recording that verdict in the juryroom or by the jury in reporting it to Court, then affidavits may be received, in the interest of justice, to disclose what the true verdict of the jury was.

Similarly, in *Dardarian v. Schneider* (1956), 3 D.L.R. (2d) 292 (Ont. H.C.), the jury's finding as to the percentage degree of fault between the plaintiff and the defendant was reversed when it was presented by the foreman to the court. The jury members were discharged, left the jury box, and retired "in a body as far as the outside of the door leading from the court room" where, in conferring amongst themselves, they realized that an error had been made. Having spoken to no one except the constable, and having taken only four minutes from the time of their discharge to the time they returned to the jury box, they were allowed to correct the error that was made in the transmission of the verdict.

This Court has had occasion to address this question but found, on the facts of the case before it, that the error was not in the transmission of the verdict. In such a situation the affidavits of the jurors could not be accepted. In *Danis v. Saumure*, [1956] S.C.R. 403, the appellant contended that

question des dépens avec les avocats, un juré, par l'intermédiaire d'un agent de la paix présent dans la salle d'audience, a informé l'avocat du demandeur qu'une erreur avait été commise dans l'énoncé de la répartition de la responsabilité. Le juge, quoique au courant de l'erreur, a inscrit un jugement conforme aux conclusions initiales. Citant *Wigmore*, le juge Hope de la Cour d'appel de l'Ontario a accueilli l'appel et a rectifié le jugement. Dans ses motifs, auxquels les juges Hogg et F. G. MacKay ont tous les deux souscrit, le juge Hope affirme, à la p. 445:

> [TRADUCTION] Je suis parfaitement d'accord ... pour dire qu'une fois que le verdict est rendu, aucune preuve sous forme d'affidavit ou autre ne peut être admise pour expliquer une erreur ou une faute quelconque commise par les membres du jury dans leur salle de délibérations avant qu'ils n'arrivent à un verdict. Toutefois, je crois qu'il ressort très nettement de la jurisprudence que, chaque fois qu'un jury parvient à un verdict unanime, comme en l'espèce, et qu'une erreur d'écriture quelconque a été commise soit dans l'inscription de ce verdict dans la salle des jurés, soit dans la communication du verdict à la cour par le jury, des affidavits peuvent alors, dans l'intérêt de la justice, être reçus afin de connaître le verdict véritable du jury.

De même, dans l'affaire *Dardarian v. Schneider* (1956), 3 D.L.R. (2d) 292 (H.C. Ont.), le président du jury, en présentant à la cour la conclusion du jury sur la répartition de la faute entre le demandeur et le défendeur, a inversé les pourcentages entre les parties. Les membres du jury ont été libérés, ont quitté le banc des jurés et se sont retirés [TRADUCTION] «en bloc jusqu'en dehors de la salle d'audience» où, en conférant entre eux, ils se sont rendus compte qu'une erreur avait été commise. Puisqu'ils n'avaient parlé à personne d'autre que l'agent de la paix et que seulement quatre minutes s'étaient écoulées depuis le moment de leur libération jusqu'à leur retour au banc des jurés, on leur a permis de corriger l'erreur commise dans la communication du verdict.

Cette Cour a déjà eu l'occasion d'examiner cette question, mais a conclu que, compte tenu des faits de l'affaire dont elle était saisie, il ne s'agissait pas d'une erreur dans la communication du verdict. Dans un tel cas, les affidavits des jurés ne pouvaient être acceptés. Dans l'affaire *Danis v. Sau-*

the verdict arrived at by the jury was perverse. The appellant also sought to file affidavits signed by nine members of the jury purporting to show that the findings made by the jury were not the findings intended to be made by them. This Court refused to admit the affidavits and dismissed the appeal. Although he recognized that statements made by jurors are admissible to show that the written answers do not correspond to the actual decision arrived at by the jury, or to indicate that there was an error in the transmission of the verdict, Kerwin C.J., with whom Rand and Abbott JJ. concurred, was of the view that the affidavits that were being submitted addressed the actual deliberations or intentions of the jurors. Since a jury cannot be reconvened either to explain its verdict or to reconsider the substance of its deliberations, the affidavits were not receivable.

Kellock and Locke JJ. also dismissed the appeal. In their opinion, even assuming that they were entitled to look at the affidavits, the affidavits did not suggest an error in the transmission of the verdict. Since it was "not a case of error arising between the verdict which the jury had agreed upon and that which was actually rendered and formed the basis for the judgment delivered", the statements by the jurors were inadmissible. See also *McCready v. Scott* (1967), 62 W.W.R. 563 (B.C.S.C.); *R. v. Emkeit* (1971), 3 C.C.C. (2d) 309 (Alta. C.A.), aff'd [1974] S.C.R. 133; *Barkhouse v. Vanderploet*, *supra*; *Ralston Purina (Canada) Ltd. v. Thompson View Fur Farms Ltd.* (1984), 12 D.L.R. (4th) 228 (P.E.I.C.A.)

The state of the case law until now is as follows. Even after discharge, a jury can be reconvened to correct an improper or incomplete transmission or registration of a verdict, but cannot reconsider a verdict or complete its deliberations with a view to handing down additional verdicts on counts or on included offences it had not finally determined prior to that discharge; nor can anyone go behind

mure, [1956] R.C.S. 403, l'appelant a soutenu que le verdict du jury était inique. L'appelant a en outre cherché à produire des affidavits signés par neuf membres du jury et tendant à démontrer que les conclusions du jury n'étaient pas celles qu'ils avaient eu l'intention de tirer. Cette Cour a refusé d'admettre les affidavits et a rejeté le pourvoi. Tout en reconnaissant que des déclarations de jurés sont admissibles pour démontrer que les réponses écrites ne correspondent pas à la décision véritable du jury, ou pour indiquer qu'une erreur a été commise dans la communication du verdict, le juge en chef Kerwin, à l'avis duquel ont souscrit les juges Rand et Abbott, a estimé que les affidavits qui avaient été présentés portaient sur les délibérations ou les intentions mêmes des jurés. Puisqu'un jury ne peut être convoqué de nouveau soit pour expliquer son verdict, soit pour réexaminer le contenu de ses délibérations, les affidavits étaient irrecevables.

Les juges Kellock et Locke ont également rejeté le pourvoi. Selon eux, même à supposer qu'il leur fût loisible d'examiner les affidavits, ceux-ci ne laissaient entrevoir aucune erreur dans la communication du verdict. Étant donné qu'il ne s'agissait pas [TRADUCTION] «d'un cas où une erreur avait été commise entre le verdict sur lequel les jurés s'étaient entendus et celui qui a été effectivement rendu et qui a constitué le fondement du jugement prononcé», les déclarations des jurés étaient inadmissibles. Voir aussi *McCready v. Scott* (1967), 62 W.W.R. 563 (C.S.C.-B.); *R. v. Emkeit* (1971), 3 C.C.C. (2d) 309 (C.A. Alb.), confirmé par [1974] R.C.S. 133; *Barkhouse v. Vanderploet*, précité; *Ralston Purina (Canada) Ltd. v. Thompson View Fur Farms Ltd.* (1984), 12 D.L.R. (4th) 228 (C.A.Î.-P.-É.)

Voici l'état de la jurisprudence jusqu'à maintenant. Même après avoir été libéré, un jury peut être convoqué de nouveau pour rectifier un verdict qui a été communiqué ou inscrit d'une manière irrégulière ou incomplète, mais il ne peut réexaminer un verdict ou poursuivre ses délibérations en vue de rendre d'autres verdicts relativement à des chefs d'accusation ou à des infractions incluses sur lesquels il n'a pas statué de façon définitive avant sa libération. Personne ne peut non plus scruter le

the verdict and make inquiries as regards the nature of the deliberations.

I should like to make a final observation before disposing of this case. Given that the case law upon which I rely has mainly developed in non-criminal matters, I initially thought that the rule governing criminal jury verdicts might preferably be different, and be as follows: in criminal matters, as of the discharge of the jury, the judge and jury would be *functus* even to correct an error in the transmission of the verdict. The rationale for this rule could be to leave the error, subject to appeal, to inure to the benefit of the accused. I had no difficulty with this approach until I wondered what would happen if the error was the other way, a verdict of guilty being erroneously entered against an accused who had, in fact, been acquitted by the jury. Once *functus* the court could not vary the registering of the verdict either way. This latter concern of mine is not merely theoretical but has, since I wrote this judgment, been shown to be justified by a recent decision of the Privy Council in *Nanan v. The State*, [1986] 3 All E.R. 248, a case in which the accused's conviction for murder was left undisturbed notwithstanding the fact that it was the result of the jury foreman's not understanding the meaning of the word "unanimous" when asked by the clerk of the court whether the verdict was unanimous. It is out of concern for the really innocent that I have come to adopt the rule applicable until now to civil matters. Its effect is to ensure that those found guilty by the jury do not go free, which is not a bad result but, more important, that those found innocent or not convicted by the jury not be convicted.

Now to address the present appeal. I should first say that I would be remiss if I did not acknowledge that the trial judge was faced with a situation where the applicable law was very uncertain. Therefore, anything I say as regards what he should have done is with the obvious advantage of hindsight, and the retrospective effect of the law once stated. Given the very clear instructions by

verdict ni poser des questions sur la nature des délibérations.

J'aimerais formuler une dernière observation avant de statuer sur ce pourvoi. Étant donné que la jurisprudence sur laquelle je m'appuie découle surtout d'affaires non criminelles, j'ai d'abord cru que la règle qui régit les verdicts du jury en matière criminelle pourrait de préférence différer et être la suivante: en matière criminelle, dès que le jury est libéré, le juge et le jury seraient *functus* même pour ce qui est de corriger une erreur dans la communication du verdict. La raison d'être de cette règle pourrait être de laisser l'erreur, sous réserve d'un appel, jouer en faveur de l'accusé. Je n'ai vu aucun inconvénient à adopter ce point de vue, jusqu'à ce que je me demande ce qui arriverait si l'erreur était en sens inverse, c'est-à-dire si un verdict de culpabilité était inscrit à tort contre un accusé qui, en fait, a été acquitté par le jury. Dès qu'elle serait *functus*, la cour ne pourrait absolument pas modifier l'inscription du verdict. Cette dernière préoccupation que je formule n'est pas simplement théorique puisque, depuis que j'ai écrit les présents motifs, il y a eu l'arrêt récent du Conseil privé *Nanan v. The State*, [1986] 3 All E.R. 248, qui démontre qu'elle est justifiée. Dans cette affaire, la condamnation de l'accusé pour meurtre a été maintenue malgré le fait que le président du jury n'avait pas compris le sens du mot «unanime» lorsque le greffier de la cour lui avait demandé si le verdict était unanime. C'est par intérêt pour la personne vraiment innocente que j'en suis venu à adopter la règle applicable jusqu'à maintenant en matière civile. Elle a pour effet d'assurer que la personne déclarée coupable par un jury ne soit pas remise en liberté, ce qui n'est pas mauvais, mais, ce qui est plus important, que la personne déclarée innocente ou non condamnée par un jury ne soit pas condamnée.

Passons maintenant au présent pourvoi. Je tiens à dire que ce serait négligent de ma part de ne pas reconnaître que le juge du procès se trouvait devant une situation de très grande incertitude quant à la règle applicable. C'est pourquoi tout ce que j'affirme au sujet de ce qu'il aurait dû faire est évidemment facile à dire après coup grâce à l'effet rétroactif de la règle qui a été énoncée. Compte

the judge regarding the possible subsidiary verdicts, the blanket statement of "not guilty" by the foreman would normally have ended the matter had it not been for the doubt cast on its accuracy by the foreman's remarks, where he said: "when we discussed this we thought we could find the Defendant not guilty of the charge as laid, but guilty of a lesser offence, is that right?" What had until then been rightly considered a complete and clear verdict became uncertain. As of the moment of that statement the trial judge should have inquired further into this comment by the foreman. He should have had all the jury members recalled to the jury box and, with all of them present, he should have addressed the jury with a view to ascertaining the precise nature of the problem.

There are various ways of doing this. As an example, he could have first ascertained whether they had, prior to their being discharged, arrived at a verdict and wanted to correct or complete the transmission of the verdict at which they had arrived. If such was the case he could then have instructed the clerk of the court to register that verdict. If, through questioning, he had found out that they had not come to a final verdict prior to their discharge, then the trial judge could not permit them to reopen their deliberations; for once they had recorded a verdict and had been discharged, their jurisdiction to make findings was spent. The problem could then only be dealt with in the Court of Appeal.

As the trial judge did not inquire further into the statement by the foreman, we do not know whether the jury wished to continue their deliberations or whether the foreman was merely indicating that the recorded verdict was not the one arrived at in the jury room, and that the accused had been found guilty of an included offence.

The Remedy

Not knowing what the situation is exactly, though one might suspect that the verdict was incomplete, is the remedy a new trial as was ordered by the majority in the Court of Appeal? I do not think that a new trial should be ordered.

tenu des directives très claires que le juge a données au sujet des possibilités de verdicts subsidiaires, la déclaration générale de «non-culpabilité» faite par le président du jury aurait normalement mis fin à l'affaire s'il n'avait pas lui-même mis en doute l'exactitude de sa propre déclaration en disant: [TRADUCTION] «quand nous en avons discuté, nous avons cru que nous pourrions déclarer l'accusé non coupable de l'infraction reprochée, mais coupable d'une infraction moindre, n'est-ce pas?». Ce qui jusque-là avait été considéré à juste titre comme un verdict complet et clair est devenu incertain. Dès que la déclaration a été faite, le juge du procès aurait dû s'informer davantage sur ce qu'avait dit le président du jury. Il aurait dû faire rappeler tous les membres du jury au banc des jurés et, cela fait, il aurait dû conférer avec le jury afin de vérifier la nature précise du problème.

Cela peut se faire de différentes manières. Par exemple, il aurait pu d'abord vérifier si, avant leur libération, les jurés étaient arrivés à un verdict et voulaient en corriger ou compléter la communication. En pareil cas, le juge aurait pu alors ordonner au greffier de la cour d'inscrire ce verdict. Si, en questionnant les jurés, il avait appris qu'ils n'étaient pas arrivés à un verdict définitif avant d'être libérés, le juge du procès n'aurait pas pu leur permettre de reprendre leurs délibérations, car une fois que le jury a inscrit un verdict et qu'il a été libéré, il n'a plus compétence pour tirer quelque conclusion que ce soit. Le problème ne pourrait alors être réglé que par la Cour d'appel.

Comme le juge du procès ne s'est pas renseigné davantage sur la déclaration du président du jury, nous ignorons si le jury souhaitait poursuivre ses délibérations ou si le président ne faisait que signaler que le verdict inscrit n'était pas celui auquel on était parvenu dans la salle des jurés et que l'accusé avait été trouvé coupable d'une infraction incluse.

Le redressement

Étant donné que nous ignorons la situation exacte, bien que l'on puisse soupçonner que le verdict était incomplet, convient-il d'ordonner un nouveau procès, comme l'a fait la Cour d'appel à la majorité? Je ne crois pas qu'un nouveau procès

Hall J.A. appears to be uneasy when ordering a new trial and touches upon the problem when he says that in any event he would have ordered a new trial on the lesser of the included offences. The problem is that we now do not know with certainty what the verdict is on the included offences. If that verdict is actually an acquittal on all or even any of the included offences, the accused should not be deprived thereof because of error in the transmission or registration of the verdict, but only if error of law was committed in the reaching of that verdict. So the ordering of a new trial was not the preferable course to follow. The ordering of a new trial is a remedy where the determination of guilt or innocence by the court of first instance is vitiated by an error. Here the error was in not ascertaining with certainty what the verdict was.

The logical disposition of this appeal would be to allow the appeal, quash the order of the Court of Appeal for a new trial, and order that the matter be returned to the trial court so that the jury's verdict be ascertained, either in the manner I suggested by reconvening the jurors, or in any other way that generally meets the purpose of that endeavour. But logic is not always practical and occasionally will operate unfairly.

A considerable amount of time has elapsed since that jury was discharged. When considering all of the circumstances of the case, I think that the ends of justice will best be served by allowing this appeal, quashing the order of the Court of Appeal and leaving the acquittal, as registered, undisturbed.

I should add one final observation. Fortunately, situations such as this will surely be few in future. Indeed, since the events of this case took place, many jurisdictions throughout Canada have, I am told, adopted a procedure long followed by some. The question put to the jury now specifies each and every possible verdict the Court requested the

doit être ordonné. Le juge Hall semble avoir quelque réticence à ordonner un nouveau procès et il touche au problème quand il affirme que, de toute manière, il aurait ordonné un nouveau procès relativement à la moindre des infractions incluses. Le problème est que maintenant nous ne savons pas avec certitude quel est le verdict relativement aux infractions incluses. S'il s'agit en fait d'un verdict d'acquittement relativement à toutes les infractions incluses, ou même à l'une ou l'autre d'entre elles, l'accusé ne doit pas en perdre le bénéfice en raison d'une erreur dans la communication ou l'inscription du verdict, à moins seulement qu'une erreur de droit n'ait été commise en arrivant à ce verdict. Par conséquent, ordonner la tenue d'un nouveau procès n'était pas ce qu'il y avait de mieux à faire. L'ordonnance portant nouveau procès est le redressement qu'il y a lieu d'accorder lorsque la détermination de la culpabilité ou de l'innocence par le tribunal de première instance est entachée d'une erreur. En l'espèce, l'erreur a consisté à ne pas établir avec certitude quel était le verdict.

La façon logique de trancher ce pourvoi serait de l'accueillir, d'annuler l'ordonnance de la Cour d'appel portant nouveau procès et d'ordonner que l'affaire soit renvoyée au tribunal de première instance pour que le verdict du jury soit vérifié en convoquant de nouveau les jurés, ainsi que je l'ai proposé, ou de toute autre manière qui permet généralement d'arriver à cette fin. Toutefois, la logique n'est pas toujours ce qu'il y a de plus pratique et elle conduit parfois à l'injustice.

Beaucoup de temps s'est écoulé depuis la libération du jury. Compte tenu de toutes les circonstances de l'affaire, je crois que les intérêts de la justice seront le mieux servis en accueillant ce pourvoi, en annulant l'ordonnance de la Cour d'appel et en ne touchant pas au verdict d'acquittement qui a été inscrit.

Je dois ajouter une dernière observation. Heureusement, des situations comme celle-là se feront sûrement rares désormais. En fait, depuis que se sont produits les événements à l'origine de ce pourvoi, de nombreux ressorts au Canada ont, me dit-on, adopté une procédure que d'autres suivent depuis longtemps. La question posée au jury pré-

jury to consider and is not general, as was the question in this case.

Appeal allowed.

Solicitors for the appellant: Lancaster, Tracey & Dickson, Melfort.

Solicitor for the respondent: D. Murray Brown, Regina.

cise maintenant tous et chacun des verdicts possibles que la cour a demandé au jury d'étudier et n'est pas générale comme l'était la question posée en l'espèce.

Pourvoi accueilli.

Procureurs de l'appelant: Lancaster, Tracey & Dickson, Melfort.

Procureur de l'intimée: D. Murray Brown, Regina.

Sotouros Giouroukos *Appellant*

v.

The Cadillac Fairview Corporation Limited and Garden Centre Developments Ltd. *Respondents*

INDEXED AS: GIOUROUKOS *v.* CADILLAC FAIRVIEW CORP.

File No.: 18182.

1986: November 28; 1986: December 18.

Present: Dickson C.J. and Estey, McIntyre, Wilson and Le Dain JJ.

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Limitation of actions — Real property — Adverse possession — Commencement of limitation period — Disputed land used by appellant and his predecessors in title as a parking area for restaurant for twenty years — Disputed land continuously leased during that period except for last eight years — Limitation period commencing against owner only when tenancies terminated — Respondents' claim to recover possession of their land not barred by Limitations Act — Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240.

Held: The appeal should be dismissed.

Cases Cited

Applied: *Corpus Christi College v. Rogers* (1879), 49 L.J. Ex. 4; **not followed:** *Ecclesiastical Commissioners of England and Wales v. Rowe* (1880), 5 App. Cas. 736.

Statutes and Regulations Cited

Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240.

APPEAL from a judgment of the Ontario Court of Appeal (1983), 44 O.R. (2d) 166, 3 D.L.R. (4th) 595, 29 R.P.R. 224, setting aside a judgment of Van Camp J. (1982), 37 O.R. (2d) 364, 135 D.L.R. (3d) 249, 24 R.P.R. 226, allowing appellant's action for a declaration of possessory title. Appeal dismissed.

Edward P. Belobaba and *Christopher Dassios*, for the appellant.

Allan Sternberg, for the respondents.

Sotouros Giouroukos *Appelant*

c.

The Cadillac Fairview Corporation Limited and Garden Centre Developments Ltd. *Intimées*

RÉPERTORIÉ: GIOUROUKOS *c.* CADILLAC FAIRVIEW CORP.

N° du greffe: 18182.

1986: 28 novembre; 1986: 18 décembre.

Présents: Le juge en chef Dickson et les juges Estey, McIntyre, Wilson et Le Dain.

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

Prescription — Immeubles — Possession malgré le propriétaire — Début de la période de prescription — Bien-fonds en cause utilisé par l'appelant et ces prédécesseurs comme stationnement de restaurant pendant vingt ans — Bien-fonds en cause loué en permanence au cours de cette période sauf au cours des huit dernières années — Période de prescription ne courant à l'égard du propriétaire qu'à partir de la fin de la location — Réclamation des intimées pour recouvrer la possession de leur bien-fonds non prescrite — Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, chap. 240.

Arrêt: Le pourvoi est rejeté.

Jurisprudence

Arrêt appliqué: *Corpus Christi College v. Rogers* (1879), 49 L.J. Ex. 4; **arrêt non suivi:** *Ecclesiastical Commissioners of England and Wales v. Rowe* (1880), 5 App. Cas. 736.

Lois et règlements cités

Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, chap. 240.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario (1983), 44 O.R. (2d) 166, 3 D.L.R. (4th) 595, 29 R.P.R. 224, qui a infirmé un jugement du juge Van Camp (1982), 37 O.R. (2d) 364, 135 D.L.R. (3d) 249, 24 R.P.R. 226, qui avait accueilli l'action de l'appelant en déclaration de possession acquisitive. Pourvoi rejeté.

Edward P. Belobaba et *Christopher Dassios*, pour l'appelant.

Allan Sternberg, pour les intimées.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—In reasons delivered by Robins J.A. (1983), 44 O.R. (2d) 166, 3 D.L.R. (4th) 595, 29 R.P.R. 224, the Ontario Court of Appeal exhaustively reviewed the law concerning an owner's inability to sue for recovery of lands while the lands were demised under successive leases. He concluded that the decision of the English Court of Appeal in *Corpus Christi College v. Rogers* (1879), 49 L.J. Ex. 4, ought to be followed in preference to the House of Lords' decision in *Ecclesiastical Commissioners of England and Wales v. Rowe* (1880), 5 App. Cas. 736. We are in complete agreement with the reasons of Robins J.A. on this issue, and, like him, find it unnecessary to address the question whether the appellant had otherwise met the requirements for extinguishing the respondents' title pursuant to ss. 4 and 15 of the *Limitations Act*, R.S.O. 1980, c. 240.

The appeal is accordingly dismissed with costs to the respondents in this Court and in the courts below.

Appeal dismissed with costs.

Solicitors for the appellant: Gowling & Henderson, Toronto.

Solicitors for the respondents: Goodman & Carr, Toronto.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Dans les motifs prononcés par le juge Robins (1983), 44 O.R. (2d) 166, 3 D.L.R. (4th) 595, 29 R.P.R. 224, la Cour d'appel de l'Ontario a examiné de façon exhaustive le droit relatif à l'incapacité d'un propriétaire d'intenter des poursuites pour recouvrer des biens-fonds pendant que ceux-ci sont concédés par baux successifs. Il a conclu qu'il fallait suivre l'arrêt de la Cour d'appel d'Angleterre *Corpus Christi College v. Rogers* (1879), 49 L.J. Ex. 4, de préférence à l'arrêt de la Chambre des lords *Ecclesiastical Commissioners of England and Wales v. Rowe* (1880), 5 App. Cas. 736. Nous sommes entièrement d'accord avec les motifs du juge Robins sur ce point et, comme lui, nous jugeons inutile d'examiner la question de savoir si l'appelant avait par ailleurs satisfait aux exigences d'extinction du titre des intimées conformément aux art. 4 et 15 de la *Loi sur la prescription des actions*, L.R.O 1980, chap. 240.

Le pourvoi est par conséquent rejeté avec dépens aux intimées en cette Cour et dans les cours d'instance inférieure.

Pourvoi rejeté avec dépens.

Procureurs de l'appelant: Gowling & Henderson, Toronto.

Procureurs des intimées: Goodman & Carr, Toronto.

Harlie Marvin Nehring *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

INDEXED AS: R. *v.* NEHRING

File No.: 19522.

1986: December 12; 1986: December 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Criminal law — Direction regarding burden of proof — Second degree murder — Whether trial judge misdirected himself.

Criminal law — Evidence — Second degree murder — Whether trial judge failed to assess evidence which could have affected his verdict — Whether trial judge failed to alert himself concerning danger of accepting evidence of accomplice.

Held (Estey, Lamer and Wilson JJ. dissenting): The appeal should be dismissed.

APPEAL from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1984), 30 Alta. L.R. (2d) 289, 51 A.R. 215, [1984] 3 W.W.R. 632, dismissing the appeal of the accused from his conviction of second degree murder. Appeal dismissed, Estey, Lamer and Wilson JJ. dissenting.

Clayton C. Ruby and *Diana Hunt*, for the appellant.

Bruce W. Duncan, for the respondent.

The following is the judgment delivered by

THE COURT—This appeal is before us as of right. The appeal is from the conviction of Harlie Marvin Nehring on a charge of second degree murder. He was convicted before Egbert J. of the Court of Queen's Bench of Alberta sitting alone. On appeal, two members of the Alberta Court of Appeal (McClung and Stevenson JJ.A.) dismissed the appeal with Harradence J.A. in dissent: (1984), 30 Alta. L.R. (2d) 289, 51 A.R. 215, [1984] 3 W.W.R. 632.

Harlie Marvin Nehring *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* NEHRING

N° du greffe: 19522.

1986: 12 décembre; 1986: 18 décembre.

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

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

Droit criminel — Directive relative à la charge de la preuve — Meurtre au second degré — Le juge du procès s'est-il donné une directive erronée?

Droit criminel — Preuve — Meurtre au second degré — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant d'évaluer la preuve qui pouvait influer sur son verdict? — Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de se mettre en garde relativement au danger d'accepter le témoignage d'un complice.

Arrêt (les juges Estey, Lamer et Wilson sont dissidents): Le pourvoi est rejeté.

POURVOI contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1984), 30 Alta. L.R. (2d) 289, 51 A.R. 215, [1984] 3 W.W.R. 632, qui a rejeté un appel de l'accusé déclaré coupable de meurtre au second degré. Pourvoi rejeté, les juges Estey, Lamer et Wilson sont dissidents.

Clayton C. Ruby et *Diana Hunt*, pour l'appelant.

Bruce W. Duncan, pour l'intimée.

Version française du jugement rendu par

LA COUR—Nous sommes saisis de ce pourvoi de plein droit. Il attaque la déclaration de culpabilité de Harlie Marvin Nehring sur une accusation de meurtre au second degré. Il a été condamné par le juge Egbert de la Cour du Banc de la Reine de l'Alberta siégeant seul. En appel, les juges McClung et Stevenson de la Cour d'appel de l'Alberta ont rejeté l'appel, mais le juge Harradence était dissident: (1984), 30 Alta. L.R. (2d) 289, 51 A.R. 215, [1984] 3 W.W.R. 632.

Three points were raised on behalf of the appellant in this Court:

1. That the learned trial judge erred in law in misdirecting himself as to burden of proof and that this misdirection was not a mere slip or harmless deviation from proper direction;

2. That the learned trial judge erred in failing to warn himself regarding the risk in adopting the evidence of the Crown witness Von Wolzogen;

3. That the learned trial judge erred in disregarding and failing to assess evidence which could have affected his verdict.

As the law applicable to the facts of this case is not in dispute, it will suffice to dispose of the appeal in the manner following:

Four members of the Court (the Chief Justice and McIntyre, Chouinard and Le Dain JJ.) are in substantial agreement with the majority decision of the Court of Appeal of Alberta and would dismiss the appeal. Three members of the Court (Estey, Lamer and Wilson JJ.) are in substantial agreement with the minority judgment of the Alberta Court of Appeal and would allow the appeal.

In the result, the appeal is dismissed.

Appeal dismissed, ESTEY, LAMER *and* WILSON JJ. *dissenting.*

Solicitor for the appellant: Clayton C. Ruby, Toronto.

Solicitor for the respondent: The Attorney General for the Province of Alberta, Calgary.

En cette Cour, trois points ont été soulevés pour le compte de l'appelant:

1. Le savant juge du procès a commis une erreur de droit en se donnant une directive erronée sur la charge de la preuve, ce qui ne constituait pas un simple oubli ou une dérogation anodine à une directive appropriée;

2. Le savant juge du procès a commis une erreur en omettant de se mettre en garde relativement au risque d'adopter le témoignage du témoin à charge Von Wolzogen;

3. Le savant juge du procès a commis une erreur en ne considérant pas et en n'évaluant pas la preuve qui pouvait influer sur son verdict.

Comme le droit applicable aux faits de cette affaire n'est pas en litige, on peut trancher ce pourvoi de la façon suivante.

Quatre membres de la Cour (le Juge en chef et les juges McIntyre, Chouinard et Le Dain) sont en substance d'accord avec la décision de la majorité en Cour d'appel de l'Alberta et sont d'avis de rejeter le pourvoi. Trois membres de la Cour (les juges Estey, Lamer et Wilson) sont en substance d'accord avec le jugement de la minorité en Cour d'appel de l'Alberta et auraient accueilli le pourvoi.

En définitive, le pourvoi est rejeté.

Pourvoi rejeté, les juges ESTEY, LAMER *et* WILSON *sont dissidents.*

Procureur de l'appelant: Clayton C. Ruby, Toronto.

Procureur de l'intimée: Le procureur général de la province de l'Alberta, Calgary.

Canadian National Transportation Limited and Canadian National Railway Company *Appellants*

v.

The Provincial Court of Alberta and the Attorney General of Canada *Respondents*

INDEXED AS: CANADIAN NATIONAL TRANSPORTATION LTD. *v.* ALBERTA PROVINCIAL COURT

File No.: 19532.

1986: December 18.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ALBERTA

Courts — Jurisdiction — No jurisdictional error shown.

APPEALS from a judgment of the Alberta Court of Appeal (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 299, 60 A.R. 380, allowing respondents' appeal from a judgment of McFadyen J. (1984), 55 A.R. 229, granting an application for prohibition. Appeals dismissed.

Russel W. Lusk and *Patrick G. Foy*, for the appellants.

D. A. McGillivray and *A. S. Rudakoff*, for the respondent the Attorney General of Canada.

The judgment of the Court was delivered orally by

BEETZ J.—We are all of the view that no jurisdictional error has been shown. The appeals are dismissed.

Judgment accordingly.

Solicitors for the appellants: Ladner Downs, Vancouver.

Solicitors for the respondent the Attorney General of Canada: MacLeod Dixon, Calgary.

Les Transports Nationaux du Canada Limitée et la Compagnie des chemins de fer du Canada *Appelantes*

c.

La Cour provinciale de l'Alberta et le procureur général du Canada *Intimés*

RÉPERTORIÉ: TRANSPORTS NATIONAUX DU CANADA LTÉE *c.* COUR PROVINCIALE DE L'ALBERTA

N° du greffe: 19532.

1986: 18 décembre.

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

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

Tribunaux — Compétence — Aucune erreur de compétence démontrée.

POURVOIS contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Alberta (1985), 39 Alta. L.R. (2d) 299, 60 A.R. 380, qui a accueilli l'appel des intimés à l'encontre d'un jugement du juge McFadyen (1984), 55 A.R. 229, qui avait accordé une demande de prohibition. Pourvois rejetés.

Russel W. Lusk et *Patrick G. Foy*, pour les appelantes.

D. A. McGillivray et *A. S. Rudakoff*, pour l'intimé le procureur général du Canada.

Version française du jugement prononcé oralement par

LE JUGE BEETZ—Nous sommes tous d'avis qu'aucune erreur de compétence n'a été démontrée. Les pourvois sont rejetés.

Jugement en conséquence.

Procureurs des appelantes: Ladner Downs, Vancouver.

Procureurs de l'intimé le procureur général du Canada: MacLeod Dixon, Calgary.

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Part 6, 1986 Vol. 2

and

Tables

6e cahier, 1986 Vol. 2

et

Tables

Cited as [1986] 2 S.C.R. { i-xli 713-827

Renvoi [1986] 2 R.C.S. { i-xli 713-827

NOTICE TO THE PROFESSION

In accordance with section 103 of the Supreme Court Act, the Rules of the Supreme Court of Canada, made on January 10, 1983, are hereby amended in accordance with the schedule below.

SCHEDULE

1. Item 1 of Schedule "A" to the *Rules of the Supreme Court of Canada* is revoked and the following substituted therefor:

"1. On filing any document that commences a proceeding ..... $ 30

The Registrar may, in special circumstances, excuse a party from paying this fee.

Where a proceeding is commenced by the filing of a notice of appeal accompanied by a notice of motion for leave to appeal in *forma pauperis*, the payment of this fee shall be deferred until the outcome of such motion. This fee is not payable with respect to a notice of cross-appeal.

NOTE: Item 1 includes all fees up to and including the hearing or rehearing of the appeal on the merits and, in the case of discontinuance before hearing, includes the fee for the taxation of costs referred to in item 2."

2. Item 7 of Schedule "A" to the said Rules is revoked and the following substituted therefor:

"7. For the annual subscription to Court bulletin $100
or at the beginning of each session 40
or each copy ..... 5"

The payment of the filing fee specified in Item 1 will be required as of April 1st, 1987. The payment of the increased subscription rates for the Court Bulletin will be required as of April 1st, 1987, for new subscribers and on renewal of their subscription for current subscribers.

AVIS AUX AVOCATS

En vertu de l'article 103 de la Loi sur la Cour suprême, les Règles de la Cour suprême du Canada, édictées le 10 janvier 1983, sont modifiées conformément à l'annexe ci-dessous.

ANNEXE

1. Le poste 1 de l'annexe A des *Règles de la Cour suprême du Canada* est abrogé et remplacé par ce qui suit:

«1. Pour la production de tout document introductif d'instance..... 30 $

Le registraire peut, dans des circonstances spéciales, dispenser une partie du paiement de ces frais.

Lorsqu'une instance est introduite par le dépôt d'un avis de pourvoi accompagné d'un avis de requête en autorisation de pourvoi *in forma pauperis*, le paiement de ces frais doit être différé jusqu'à l'issue de la requête. Rien n'est exigible pour un avis de pourvoi incident.

NOTE: Le poste 1 comprend tous les frais jusqu'à l'audition ou la nouvelle audition du pourvoi au fond et, dans le cas d'un désistement avant l'audition, comprend les frais de taxation des dépens, visés au poste 2.»

2. Le poste 7 de l'annexe A des mêmes règles est abrogé et remplacé par ce qui suit:

«7. Pour l'abonnement au bulletin de la Cour, un versement annuel de ..... 100 $
ou un versement au début de chaque session de ..... 40 $
ou par numéro ..... 5 $»

Le nouveau barème fixé au poste 1 entre en vigueur le 1er avril 1987. Le nouveau tarif d'abonnement au bulletin de la Cour entre en vigueur le 1er avril 1987. Il s'applique aux nouveaux abonnés et aux abonnés actuels dont l'abonnement vient à échéance à compter de cette date.

Guy Goulard

REGISTRAR REGISTRAIRE

MARCH 1987 MARS 1987

Published pursuant to the Supreme Court Act by
GUY Y. GOULARD, Q.C.
The Registrar, Supreme Court of Canada

Chief Law Editor
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Revisor
RICHARD BERBERI

Co-ordinator, 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, 1986.

Publié conformément à la Loi sur la Cour suprême par
GUY Y. GOULARD, C.R.
Registraire de la Cour suprême du Canada

Arrêtiste en chef
ANNE ROLAND, LL.L.

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

Réviseur
RICHARD BERBERI

Coordonnatrice, 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, 1986.

CONTENTS

Title Page i
List of Judges ii
Errata iv
Motions v
Table of Judgments xi
Table of Cases Cited xv
Statutes and Regulations Cited xxix
Authors Cited xxxvii
Index 817

R. *v.* Edwards Books and Art Ltd. 713

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Right to liberty — Retail businesses required to close on Sundays — Act premised on secular concern for common pause day — Exemptions provided for in Act, including limited exemption for Saturday observers — Whether or not Act within province's legislative powers — Whether or not Act infringed Charter rights to freedom of religion (s. 2(a)), or the right to liberty (s. 7), or the right to equality before the law (s. 15) — Whether or not limitation imposed by the Act on these rights justifiable in a free and democratic society — Retail Business Holidays Act, R.S.O. 1980, c. 453, ss. 2(1), 3(4) — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92 — Constitution Act, 1982, s. 52 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 7, 15, 27, 32.

SOMMAIRE

Page titre i
Liste des juges iii
Errata iv
Requêtes v
Table des jugements xiii
Table de la jurisprudence xv
Lois et règlements cités xxxiii
Doctrine citée xxxvii
Index 823

R. *c.* Edwards Books and Art Ltd. 713

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Droit à la liberté — Commerces de détail obligés de fermer le dimanche — Loi fondée sur l'intérêt d'ordre laïque d'avoir un jour commun de repos — Exemptions prévues par la Loi, dont une exemption limitée pour ceux qui observent le samedi — La Loi relève-t-elle de la compétence législative de la province? — La Loi porte-t-elle atteinte à la liberté de religion garantie par la Charte (art. 2a)), au droit à la liberté (art. 7) ou au droit à l'égalité devant la loi (art. 15)? — Les restrictions qu'apporte la Loi à ces droits sont-elles justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique? — Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail, L.R.O. 1980, chap. 453, art. 2(1), 3(4) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 7, 15, 27, 32.

1986 Volume 2

Canada Supreme Court Reports

Recueil des arrêts de la Cour suprême du Canada

Published pursuant to Statute by

GUY Y. GOULARD, Q.C.

Registrar of the Court

Chief Law Editor
Anne Roland, LL.L.

Law Editors
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.

Revisor
Richard Berberi

Co-ordinator, Editorial Services
Gisèle Boulay

Editorial Assistants
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Micheline Rochon

Secretary
Carole Loiselle

Publié conformément à la Loi par

GUY Y. GOULARD, C.R.

Registraire de la Cour

Arrêtiste en chef
Anne Roland, LL.L.

Arrêtistes
Archibald McDonald, M.A., LL.B.
Claude Marquis, LL.L., D.D.N.

Réviseur
Richard Berberi

Coordonnatrice, Service de l'édition
Gisèle Boulay

Adjointes à l'édition
Mado Mainville-Côté
Barbara Long
Micheline Rochon

Secrétaire
Carole Loiselle

THE QUEEN'S PRINTER FOR CANADA © L'IMPRIMEUR DE LA REINE POUR LE CANADA
OTTAWA, 1987

JUDGES

OF THE

SUPREME COURT OF CANADA

The Right Honourable BRIAN DICKSON, P.C., *Chief Justice of Canada*

The Honourable JEAN BEETZ

The Honourable WILLARD ZEBEDEE ESTEY

The Honourable WILLIAM ROGERS MCINTYRE

The Honourable JULIEN CHOUINARD

The Honourable ANTONIO LAMER

The Honourable BERTHA WILSON

The Honourable GERALD LE DAIN

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

[1985] 2 S.C.R. p. 349, line *f*-1 of the English version. Read "Solicitor for the Fédération des francophones hors Québec: Gérald Beaudoin, Hull" instead of "Solicitors for the Fédération des francophones hors Québec: Beaudoin & Michon, Hull".

[1985] 2 S.C.R. p. 349, line *f*-1 of the French version. Read "Procureur de la Fédération des francophones hors Québec: Gérald Beaudoin, Hull" instead of "Procureurs de la Fédération des francophones hors Québec: Beaudoin & Michon, Hull".

[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".

[1986] 1 S.C.R. p. 978, line *e*-4 of the French version. Read "Il se peut toutefois qu'on puisse, avec l'autorisation, en appeler d'une décision de la cour supérieure devant cette Cour en sa qualité de juridiction de dernière instance" instead of "Il se peut toutefois qu'on puisse, avec l'autorisation de la cour supérieure, se pourvoir devant cette Cour en sa qualité de juridiction de dernière instance".

[1986] 1 S.C.R. p. 979, line *e*-4 of the English version. Read "not worked", instead of "now worked".

[1986] 2 S.C.R. p. 60, line *h*-5 of the French version. Read "aj." instead of "adj."

[1986] 2 S.C.R. p. 609, line *f*-6 of the English version. Read "Canadian Broadcasting Corp." instead of "Canadian Brodcasting Corp."

[1986] 2 S.C.R. p. 707, line *d*-1 of the French version. Read "l'appelant et ses prédécesseurs" instead of "l'appelant et ces prédécesseurs".

[1985] 2 R.C.S. p. 349, ligne *f*-1 de la version anglaise. Lire «Solicitor for the Fédération des francophones hors Québec: Gérald Beaudoin, Hull» au lieu de «Solicitors for the Fédération des francophones hors Québec: Beaudoin & Michon, Hull».

[1985] 2 R.C.S. p. 349, ligne *f*-1 de la version française. Lire «Procureur de la Fédération des francophones hors Québec: Gérald Beaudoin, Hull» au lieu de «Procureurs de la Fédération des francophones hors Québec: Beaudoin & Michon, Hull».

[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».

[1986] 1 R.C.S. p. 978, ligne *e*-4 de la version française. Lire «Il se peut toutefois qu'on puisse, avec l'autorisation, en appeler d'une décision de la cour supérieure devant cette Cour en sa qualité de juridiction de dernière instance» au lieu de «Il se peut toutefois qu'on puisse, avec l'autorisation de la cour supérieure, se pourvoir devant cette Cour en sa qualité de juridiction de dernière instance».

[1986] 1 R.C.S. p. 979, ligne *e*-4 de la version anglaise. Lire «not worked» au lieu de «now worked».

[1986] 2 R.C.S. p. 60, ligne *h*-5 de la version française. Lire «aj.» au lieu de «adj.»

[1986] 2 R.C.S. p. 609, ligne *f*-6 de la version anglaise. Lire «Canadian Broadcasting Corp.» au lieu de «Canadian Brodcasting Corp.»

[1986] 2 R.C.S. p. 707, ligne *d*-1 de la version française. Lire «l'appelant et ses prédécesseurs» au lieu de «l'appelant et ces prédécesseurs».

MOTIONS—REQUÊTES

505191 Ontario Ltd. v. Corporation of the City of Oshawa (Ont.), 19976, leave to appeal refused with costs, 23.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Air Canada v. The Queen in right of British Columbia (B.C.), 20082, leave to appeal granted, 24.11.86, autorisation de pourvoi accordée.

Alliance des infirmières et infirmiers d'Amos c. Centre Hospitalier Hôtel-Dieu d'Amos (Qué.), 20029, leave to appeal refused with costs, 27.11.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Andrus v. Lemesurier (Ont.), 20027, leave to appeal refused with costs, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Association des professeurs de Lignery (A.P.L.), Syndicat affilié à la C.E.Q. c. Comeau (Qué.), 20026, leave to appeal refused with costs, 30.9.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Atomic Energy of Canada Ltd. v. Human Rights Tribunal (F.C.A.), 19759, leave to appeal refused with costs, 31.7.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Backstein v. McClure (Ont.), 19966, notice of discontinuance filed, 9.9.86, avis de désistement produit.

Banque de Nouvelle-Écosse c. Hébert (Qué.), 18073, notice of discontinuance filed, 12.9.86, avis de désistement produit.

Banque fédérale de développement c. Bagama Ltd. (Qué.), 20055, leave to appeal refused with costs, 27.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Barry v. Alberta Securities Commission (Alta.), 19832, leave to appeal granted, 31.7.86, autorisation de pourvoi accordée.

Bayliner Marine Corporation v. Doral Boats, Ltd. (F.C.A.)(Ont.), 20073, leave to appeal refused with costs, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Bédard Deltair Inc. c. 299515 Ontario Ltd. (Qué.), 19953, leave to appeal refused with costs, 29.9.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Bertram S. Miller Ltd. v. The Queen (F.C.A.) (N.B.), 20094, leave to appeal refused with costs, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Bhindi v. British Columbia Projectionists Local 348 of Int'l Alliance of Picture Machine Operators of the United States and Canada (B.C.), 20034, leave to appeal refused, 6.11.86, autorisation de pourvoi refusée.

Bingo Enterprises Ltd. v. Plaxton (Man.), 20018, leave to appeal refused with costs, 8.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Boucher c. La Reine (Crim.)(Qué.), 20119, leave to appeal refused, 8.12.86, autorisation de pourvoi refusée.

Boyer v. The Queen in right of Canada (Ont.), 19962, leave to appeal refused with costs, 23.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Burnham v. Ackroyd (Ont.), 20080, leave to appeal granted, 27.11.86, autorisation de pourvoi accordée.

Canada's Royal Gold Pinetree Mfg. Co. v. Samann (F.C.A.)(Ont.), 19930, leave to appeal refused with costs, 9.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Canadian National Railway Co. v. Canadian Transport Commission (F.C.A.)(Ont.), 20024, leave to appeal refused with costs, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Canadian Pacific Ltd. v. Canadian Transport Commission (F.C.A.)(Ont.), 20039, leave to appeal refused with costs, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Centre d'informatique et d'animation communautaire (C.I.A.C.) c. La Reine (Qué.), 19023, notice of discontinuance filed, 5.12.86, avis de désistement produit.

Chappell v. Minister of Government Services (Ont.), 19908, notice of discontinuance filed, 28.11.86, avis de désistement produit.

Chayer c. Canadian Imperial Bank of Commerce (C.A.F.)(Qué.), 19937, leave to appeal refused, 1.10.86, autorisation de pourvoi refusée.

Cleroux v. Lavigne (Ont.), 20072, leave to appeal refused with costs, 27.11.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Cormier v. The Queen (Crim.)(B.C.), 20105, leave to appeal refused, 24.11.86, autorisation de pourvoi refusée.

Corporation of the County of Lambton v. Corporation of the City of Sarnia (Ont.), 19951, leave to appeal refused with costs, 30.9.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Croteau c. La Reine (Crim.)(Qué.), 19761, leave to appeal refused, 30.9.86, autorisation de pourvoi refusée.

D. K. Investments Ltd. v. S. W. S. Investments Ltd. (B.C.), 20145, leave to appeal refused with costs, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Dee v. Minister of Employment and Immigration (B.C.), 19968, notice of discontinuance filed, 25.9.86, avis de désistement produit.

Demeyer v. The Queen (Crim.)(Alta.), 20053, leave to appeal refused, 27.10.86, autorisation de pourvoi refusée.

Desgroseilliers v. The Queen (Crim.)(Ont.), 20088, leave to appeal refused, 24.11.86, autorisation de pourvoi refusée.

Dicks v. Martin (Ont.), 20030, leave to appeal refused with costs, 1.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Dobney Foundry Ltd. v. Attorney General of Canada (B.C.), 19910, leave to appeal refused, 6.11.86, autorisation de pourvoi refusée.

Ducharme v. The Queen (Crim.)(B.C.), 19997, leave to appeal refused, 29.9.86, autorisation de pourvoi refusée.

Ebsary v. The Queen (Crim.)(N.S.), 19947, leave to appeal refused, 9.10.86, autorisation de pourvoi refusée.

Eremita v. The Queen (Crim.)(Ont.), 20046, leave to appeal refused, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée.

États-Unis d'Amérique c. Cotroni (Qué.), 20035, leave to appeal granted, 6.11.86, autorisation de pourvoi accordée.

États-Unis d'Amérique c. Zein (Qué.), 20036, leave to appeal granted, 6.11.86, autorisation de pourvoi accordée.

Fabian v. Klein (Ont.), 19963, leave to appeal refused with costs, 6.11.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Fabian v. Margulies (Ont.), 19987, leave to appeal refused with costs, 6.11.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Farrell v. St. John's Publishing Co. (Nfld.), 19945, leave to appeal refused with costs, 23.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Flamborough Residents against Propane v. Interprovincial Pipelines Ltd. (F.C.A.)(Ont.), 20077, leave to appeal refused with costs, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Foothills Provincial General Hospital Board v. United Nurses of Alberta, Local 115 (Alta.), 20002, notice of discontinuance filed, 20.10.86, avis de désistement produit.

François Lespérance Inc. c. Lajoie (Qué.), 20012, leave to appeal refused with costs, 27.11.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Fuda v. 394363 Ontario Ltd. (Ont.), 19957, leave to appeal refused with costs, 29.9.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Funk v. Law Society of Prince Edward Island (P.E.I.), 20078, leave to appeal refused, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée.

Gauthier c. Breton & Laflamme (1983) Inc. (Qué.), 20010, leave to appeal refused with costs, 9.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

George Schneider Ltd. v. The Queen (F.C.A.) (Ont.), 20025, leave to appeal refused with costs, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Gill v. The Queen (Crim.)(Alta.), 19978, leave to appeal refused, 23.10.86, autorisation de pourvoi refusée.

Gloade v. The Queen (Crim.)(N.S.), 19948, leave to appeal refused, 9.10.86, autorisation de pourvoi refusée.

Gouin c. Procureur général du Québec (Qué.), 20028, leave to appeal refused with costs, 30.9.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Gratham Industries Ltd. v. Nelson Burns & Co. (Ont.), 20019, leave to appeal refused with costs, 30.9.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Grégoire c. Fédération québécoise de la Montagne (Qué.), 19906, leave to appeal refused with costs, 27.11.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Grenon c. Ordre des Optométristes du Québec (Qué.), 19946, leave to appeal refused with costs, 23.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Groupe Desjardins assurances générales c. Hains (Qué.), 20122, leave to appeal refused with costs, 8.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Heikel v. The Queen (Crim.)(Alta.), 20017, leave to appeal granted, 6.11.86, autorisation de pourvoi accordée.

Hepworth v. The Queen (Ont.), 19775, leave to appeal refused, 9.12.86, autorisation de pourvoi refusée.

Hudon c. La Reine (Qué.), 20071, notice of discontinuance filed, 19.11.86, avis de désistement produit.

Hunt-Wesson Canada, (Division Norton Simon Canada Inc.) v. Reevie (Ont.), 19918, leave to appeal refused with costs, 31.7.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Insurance Corporation of British Columbia v. Fredrikson (B.C.), 20051, leave to appeal granted, 6.11.86, autorisation de pourvoi accordée.

Insurance Corporation of British Columbia v. Lee (B.C.), 20045, notice of discontinuance filed, 23.10.86, avis de désistement produit.

Insurance Corporation of British Columbia v. Ondrik (B.C.), 20091, leave to appeal refused with costs, 24.11.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Jacobson v. The Queen (Crim.)(Alta.), 20052, leave to appeal refused, 6.11.86, autorisation de pourvoi refusée.

Johnson v. The Queen (Crim.)(Man.), 19912, leave to appeal refused, 23.10.86, autorisation de pourvoi refusée.

Keith v. The Queen (Crim.)(Ont.), 20043, leave to appeal refused, 27.10.86, autorisation de pourvoi refusée.

Kessiloff v. Kessiloff (Man.), 20044, leave to appeal refused with costs, 27.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Kirkby v. The Queen (Crim.)(Ont.), 19695, leave to appeal refused, 1.10.86, autorisation de pourvoi refusée.

Kohn v. City of Winnipeg (Man.), 19998, leave to appeal refused with costs, 9.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Kohn v. Globerman (Man.), 19994, leave to appeal refused with costs, 9.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Kulba v. The Queen (Man.), 19915, leave to appeal refused, 31.7.86, autorisation de pourvoi refusée.

Law Society of B.C. v. Andrews (B.C.), 19955/56, leave to appeal granted, 27.11.86, autorisation de pourvoi accordée.

Litwiniuk v. Davidson (Alta.), 20089, notice of discontinuance filed, 10.12.86, avis de désistement produit.

Lloyd's Underwriters v. Alliance Blindée Ltée (Ont.), 19954, notice of discontinuance filed, 11.9.86, avis de désistement produit.

MacDonald v. The Queen (Crim.)(N.S.), 19999, leave to appeal refused, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée.

Maher v. The Queen in right of Canada (Crim.)(Nfld.), 19974, leave to appeal refused, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée.

Margo Corporation c. Beaudry (Qué.), 20109, leave to appeal refused with costs, 8.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

McGinty v. The Queen (Y.T.), 19920, notice of discontinuance filed, 17.10.86, avis de désistement produit.

McGraw v. Wambolt (Alta.), 20023, leave to appeal refused, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée.

McLachlan v. The Queen (Crim.)(Ont.), 19884, leave to appeal refused, 31.7.86, autorisation de pourvoi refusée.

Meadow Rue Holdings Ltd. v. Provincial Treasurer of Alberta (Alta.), 20000, leave to appeal refused with costs, 1.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Melanson v. The Queen (Crim.)(Ont.), 19985, leave to appeal refused, 25.11.86, autorisation de pourvoi refusée.

Meltzer v. Liason (Crim.)(B.C.), 20041, leave to appeal granted, 6.11.86, autorisation de pourvoi accordée.

Metro News Ltd. v. The Queen (Crim.)(Ont.), 20068, leave to appeal refused, 6.11.86, autorisation de pourvoi refusée.

Morrow v. Constable (Alta.), 20008, leave to appeal refused with costs, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Murphy v. The Queen (N.S.), 19971, notice of discontinuance filed, 5.12.86, avis de désistement produit.

Nadalin v. National Bank of Canada (Ont.), 19970, leave to appeal refused with costs, 30.9.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Neely v. The Queen (Ont.), 19913, notice of discontinuance filed, 1.10.86, avis de désistement produit.

Nelson Burns & Co. v. Gratham Industries Ltd. (Ont.), 19923, leave to appeal refused with costs, 30.9.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Ontario Public Service Employees Union v. Algonquin College of Applied Arts & Technology (Ont.), 19944, leave to appeal refused with costs, 23.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Pacific Western Airlines Ltd. v. The Queen in right of British Columbia (B.C.), 20085, leave to appeal granted, 24.11.86, autorisation de pourvoi accordée.

Paquin c. Banque canadienne nationale (Qué.), 20013, leave to appeal refused with costs, 30.9.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Parlett v. Robinson (B.C.), 20087, leave to appeal refused with costs, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Peace River Municipal Hospital v. United Nurses of Alberta, Local 30 (Alta.), 20002, notice of discontinuance filed, 20.10.86, avis de désistement produit.

Persyko v. Graham (Ont.), 20005, leave to appeal refused with costs, 6.11.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Place Notre-Dame de Hull Ltée c. Compagnie de Ciment Mega Ltée (Qué.), 19993, leave to appeal refused with costs, 29.9.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Poirier c. Corporation du Canton de Magog (Qué.), 20001, notice of discontinuance filed, 25.9.86, avis de désistement produit.

Principal Savings and Trust Co. v. Manufacturers Life Insurance Co. (Alta.), 20016, notice of discontinuance filed, 22.10.86, avis de désistement produit.

Procureur général du Québec c. Irwin Toy Ltd. (Qué.), 20074, leave to appeal granted, 6.11.86, autorisation de pourvoi accordée.

Pye v. Bank of Montreal (N.S.), 20060, leave to appeal refused with costs, 8.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

R. v. Alkadri (Crim.)(Alta.), 20015, leave to appeal refused, 23.10.86, autorisation de pourvoi refusée.

R. c. Borelli (Crim.)(Qué.), 20038, leave to appeal granted, 6.11.86, autorisation de pourvoi accordée.

R. c. Côté (Qué.), 19969, notice of discontinuance filed, 24.10.86, avis de désistement produit.

R. c. Hébert (Crim.)(N.-B.), 19940, leave to appeal refused, 16.9.86, autorisation de pourvoi refusée.

R. v. Offley (Crim.)(Alta.), 19979, leave to appeal refused, 30.9.86, autorisation de pourvoi refusée.

R. c. Pelletier (Crim.)(N.-B.), 19939, leave to appeal refused, 16.9.86, autorisation de pourvoi refusée.

R. v. Pringle (Crim.)(Ont.), 19975, leave to appeal granted, 6.11.86, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Slattery (Crim.)(N.B.), 19921, leave to appeal granted, 31.7.86, autorisation de pourvoi accordée.

R. v. Sullivan (CMAC)(Crim.)(Alta.), 19870, leave to appeal refused, 31.7.86, autorisation de pourvoi refusée.

R. in right of British Columbia v. Air Canada (B.C.), 20079, leave to appeal granted, 24.11.86, autorisation de pourvoi accordée.

Regional Assessment Commissioner, Region No. 11 v. Nesse Holdings Ltd. (Ont.), 19922, leave to appeal refused with costs, 23.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Regional Municipality of Ottawa-Carleton v. Canada Employment and Immigration Commission (F.C.A.)(Ont.), 20117, leave to appeal refused with costs, 9.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Rio Hotel Ltd. c. Commission des licences et permis d'alcool (N.-B.), 19949, leave to appeal and stay of proceedings pending decision on the appeal granted, 31.7.86, autorisation de pourvoi et un sursis d'exécution en attendant l'issue du pourvoi accordés.

Rogers v. The Queen (Crim.)(Ont.), 20056, leave to appeal refused, 27.11.86, autorisation de pourvoi refusée.

Rosenfeldt v. Olson (Crim.)(B.C.), 19893, leave to appeal refused, 31.7.86, autorisation de pourvoi refusée.

Ryznar v. The Queen (Crim.)(Man.), 20065, leave to appeal refused, 27.11.86, autorisation de pourvoi refusée.

Saguenay Shipping Ltd. c. General Traders Ltd. (Qué.), 18142, notice of discontinuance filed, 26.7.86, avis de désistement produit.

Saskatchewan Government Insurance v. Board of Education of the Long Lake Division No. 30 of Saskatchewan (Sask.), 20104, leave to appeal refused with costs, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sauvé c. Saint-Germain (Qué.), 19981, leave to appeal refused with costs, 27.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sawatzky v. The Queen (Crim.)(Man.), 20014, leave to appeal refused, 24.11.86, autorisation de pourvoi refusée.

Schwartz c. Scott (George H.) (Qué.), 19841, notice of discontinuance filed, 27.11.86, avis de désistement produit.

Sciortino c. Bossio (Qué.), 19972, leave to appeal refused with costs, 30.9.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Scott (George H.) c. Schwartz (Qué.), 19666, notice of discontinuance filed, 24.11.86, avis de désistement produit.

Scott (Michael) c. Schwartz (Qué.), 19691, notice of discontinuance filed, 1.12.86, avis de désistement produit.

Sears Canada Inc. c. Sous-Ministre du Revenu de la province de Québec (Qué.), 19771, leave to appeal refused with costs, 9.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Sinclair v. Elmwood Holdings Ltd. (Alta.), 19931, leave to appeal refused with costs, 27.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Skyline Cabs (1982) Ltd. v. Attorney General of Canada (F.C.A.)(Alta.), 20076, leave to appeal refused with costs, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Smeltzer v. The Queen (Crim.)(N.S.), 19958, leave to appeal refused, 29.9.86, autorisation de pourvoi refusée.

Stricker v. The Queen (Crim.)(Alta.), 19964, leave to appeal refused, 30.9.86, autorisation de pourvoi refusée.

Sun Alliance Insurance Co. v. Angus (Ont.), 19902, leave to appeal granted, 31.7.86, autorisation de pourvoi accordée.

Telecommunication Workers Union v. B.C. Telephone Co. (B.C.), 19905, leave to appeal granted, 6.11.86, autorisation de pourvoi accordée.

Théorêt c. Commission de l'Emploi et de l'Immigration du Canada (Qué.), 19873, notice of discontinuance filed, 12.9.86, avis de désistement produit.

Thompson c. Coulombe (Qué.), 20031, leave to appeal refused with costs, 30.9.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Thorburn v. The Queen (Crim.)(B.C.), 20111, leave to appeal refused, 8.12.86, autorisation de pourvoi refusée.

Thurlow v. Southam Inc. (Ont.), 20097, leave to appeal refused with costs, 6.11.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Timmins Police Association v. Board of Commissioners of Police of Timmins (Ont.), 19917, leave to appeal refused with costs, 23.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Tremblay v. The Queen (Crim.)(Ont.), 20022, leave to appeal granted, 1.10.86, autorisation de pourvoi accordée.

Trimm v. Chief of Police for the Durham Regional Police Force (Ont.), 20090, leave to appeal granted, 27.11.86, autorisation de pourvoi accordée.

Trizec Manitoba Ltd. v. City Assessor for the City of Winnipeg (Man.), 20118, leave to appeal refused with costs, 18.12.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Trumbley v. Fleming (Ont.), 20081, leave to appeal granted, 27.11.86, autorisation de pourvoi accordée.

Vega v. Minister of Employment and Immigration (F.C.A.)(Ont.), 17633, notice of discontinuance filed, 3.13.86, avis de désistement produit.

Veilleux c. Caisse Populaire St-Georges-Ouest (Qué.), 19857, leave to appeal refused with costs, 29.9.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Wadsworth v. Wadsworth (Ont.), 20123, leave to appeal refused, 8.12.86, autorisation de pourvoi refusée.

Watson v. The Queen (Crim.)(Alta.), 20003, leave to appeal refused, 27.10.86, autorisation de pourvoi refusée.

Wildman v. Wildman (Sask.), 20070, leave to appeal refused with costs, 24.11.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Wilson v. Public Service Commission Appeal Board (F.C.A.)(Ont.), 20047, leave to appeal refused, 27.10.86, autorisation de pourvoi refusée.

Yellow Freight System Canada Ltd. c. Yellow Freight System Inc. (Qué.), 20054, leave to appeal refused with costs, 25.11.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

You v. Upham (N.S.), 19965, leave to appeal refused with costs, 23.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Yow (a.k.a. Judy Fong) v. Bank of Montreal (B.C.), 20048, 20049, 20050, leave to appeal refused with costs, 27.10.86, autorisation de pourvoi refusée avec dépens.

Zaduk v. The Queen (Crim.)(Ont.), 16044, notice of discontinuance filed, 25.11.86, avis de désistement produit.

TABLE OF JUDGMENTS

PAGE

A

Air Canada v. British Columbia (Attorney General) 539
Alberta Provincial Court, Canadian National Transportation Ltd. v. 711

B

Bank of Montreal v. Wilder 551
Beauregard v. Canada 56
British Columbia (Attorney General), Air Canada v. 539

C

Cadillac Fairview Corp., Giouroukos v. 707
Campbell, R. v. 376
Canada (Attorney General) v. Valois 439
Canada (Minister of Finance), Finlay v. 607
Canada, Beauregard v. 56
Canada, Joe v. 145
Canadian Marconi v. R. 522
Canadian National Transportation Ltd. v. Alberta Provincial Court 711
Carey v. Ontario 637
Central Trust Co. v. Rafuse 147
Chambers, R. v. 29
Clermont, R. v. 131
Cook, Wile v. 137

D

Deutsch, R. v. 2
Dolphin Delivery Ltd., RWDSU v. 573
Dumas v. Leclerc Institute 459

PAGE

E

E. (Mrs.) v. Eve 388
Edwards Books and Art Ltd., R. v. 713
Ensite Ltd. v. R. 509
Eve, E. (Mrs.) v. 388

F

Finlay v. Canada (Minister of Finance) 607

G

Giouroukos v. Cadillac Fairview Corp. 707
Glendinning, Scowby v. 226

H

Head, R. v. 684

J

Joe v. Canada 145
Jones, R. v. 284

K

Kirkpatrick v. Maple Ridge (Corporation of the District) 124
Krause, R. v. 466

PAGE

L

Leclerc Institute, Dumas v. ... 459

M

M.U.C.T.C., Quebec (Construction Industry Commission) v. ... 327
Mannion, R. v. ... 272
Maple Ridge (Corporation of the District), Kirkpatrick v. ... 124
Montréal (City of) v. Steckler ... 571

N

Nehring, R. v. ... 709

O

Ontario, Carey v. ... 637

P

Potash v. Royal Trust Co. ... 351
Prince, R. v. ... 480

Q

Quebec (Construction Industry Commission) v. M.U.C.T.C. ... 327

PAGE

R

R. v. Campbell ... 376
R. v. Chambers ... 29
R. v. Clermont ... 131
R. v. Deutsch ... 2
R. v. Edwards Books and Art Ltd. ... 713
R. v. Head ... 684
R. v. Jones ... 284
R. v. Krause ... 466
R. v. Mannion ... 272
R. v. Nehring ... 709
R. v. Prince ... 480
R., Canadian Marconi v. ... 522
R., Ensite Ltd. v. ... 509
Rafuse, Central Trust Co. v. ... 147
Royal Trust Co., Potash v. ... 351
Royal Trustco Ltd., Sparling v. ... 537
RWDSU v. Dolphin Delivery Ltd. ... 573

S

Scowby v. Glendinning ... 226
Sorochan v. Sorochan ... 38
Sparling v. Royal Trustco Ltd. ... 537
Steckler, Montréal (City of) v. ... 571

V

Valois, Canada (Attorney General) v. ... 439

W

Wilder, Bank of Montreal v. ... 551
Wile v. Cook ... 137

TABLE DES JUGEMENTS

PAGE

A

Air Canada c. Colombie-Britannique (Procureur général) 539

B

Banque de Montréal c. Wilder 551
Beauregard c. Canada 56

C

C.T.C.U.M., Québec (Commission de l'industrie de la construction) c. 327
Cadillac Fairview Corp., Giouroukos c. 707
Campbell, R. c. 376
Canada, Beauregard c. 56
Canada, Joe c. 145
Canada (Ministre des Finances), Finlay c. 607
Canada (Procureur général) c. Valois 439
Canadian Marconi c. R. 522
Carey c. Ontario 637
Central Trust Co. c. Rafuse 147
Centre de détention Leclerc, Dumas c. 459
Chambers, R. c. 29
Clermont, R. c. 131
Colombie-Britannique (Procureur général), Air Canada c. 539
Cook, Wile c. 137
Cour provinciale de l'Alberta, Transports Nationaux du Canada Ltée c. 711

D

Deutsch, R. c. 2
Dolphin Delivery Ltd., SDGMR c. 573

PAGE

Dumas c. Centre de détention Leclerc 459

E

E. (M^me^) c. Eve 388
Edwards Books and Art Ltd., R. c. 713
Ensite Ltd. c. R. 509
Eve, E. (M^me^) c. 388

F

Finlay c. Canada (Ministre des Finances) 607

G

Giouroukos c. Cadillac Fairview Corp. 707
Glendinning, Scowby c. 226

H

Head, R. c. 684

J

Joe c. Canada 145
Jones, R. c. 284

K

Kirkpatrick c. Maple Ridge (Corporation du District) 124
Krause, R. c. 466

PAGE

M

Mannion, R. c. 272
Maple Ridge (Corporation du District), Kirkpatrick c. 124
Montréal (Ville de) c. Steckler 571

N

Nehring, R. c. 709

O

Ontario, Carey c. 637

P

Potash c. Royal Trust Co. 351
Prince, R. c. 480

Q

Québec (Commission de l'industrie de la construction) c. C.T.C.U.M. 327

R

R. c. Campbell 376
R. c. Clermont 131
R. c. Deutsch 2
R. c. Edwards Books and Art Ltd. 713
R. c. Head 684

PAGE

R. c. Jones 284
R. c. Krause 466
R. c. Mannion 272
R. c. Nehring 709
R. c. Prince 480
R. c. Chambers 29
R., Canadian Marconi c. 522
R., Ensite Ltd. c. 509
Rafuse, Central Trust Co. c. 147
Royal Trust Co., Potash c. 351
Royal Trustco Ltd., Sparling c. 537

S

Scowby c. Glendinning 226
Sorochan c. Sorochan 38
Sparling c. Royal Trustco Ltd. 537
Steckler, Montréal (Ville de) c. 571
SDGMR c. Dolphin Delivery Ltd. 573

T

Transports Nationaux du Canada Ltée c. Cour provinciale de l'Alberta 711

V

Valois, Canada (Procureur général) c. 439

W

Wilder, Banque de Montréal c. 551
Wile c. Cook 137

TABLE OF CASES CITED

TABLE DE LA JURISPRUDENCE

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
A		
A. D., Application of	394 N.Y.S.2d 139 (1977)	422
A. W., Matter of	637 P.2d 366 (Colo. 1981)	421
Abrams v. United States	250 U.S. 616 (1919)	584
Ainey v. Regem	(1930), 48 B.R. 488	699
Air Canada v. Secretary of State for Trade	(1983), 2 W.L.R. 494	675
Allcock Laight & Westwood Ltd. v. Patten, Bernard and Dynamic Displays Ltd.	[1967] 1 O.R. 18	473
Aluminum Products (Qld.) Pty. Ltd. v. Hill	[1981] Qd.R. 33	169
Amax Potash Ltd. c. Gouvernement de la Saskatchewan	[1977] 2 R.C.S. 576	544
Amax Potash Ltd. v. Government of Saskatchewan	[1977] 2 S.C.R. 576	544
American Leaf Blending Co. v. Director-General of Inland Revenue	[1979] A.C. 676	529
Anderson Logging Co. v. The King	[1925] S.C.R. 45	529
Anns v. Merton London Borough Council	[1978] A.C. 728	192
Arenson v. Casson Beckman Rutley & Co.	[1977] A.C. 405	205
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada	[1939] A.C. 117	802
Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada	[1947] A.C. 503	811
Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal	[1978] 2 S.C.R. 770	741
Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario	[1937] A.C. 326	740
Attorney General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.	[1903] A.C. 524	237, 738
Attorney General of Alberta v. Putnam	[1981] 2 S.C.R. 267	247
Attorney General of Canada v. Canadian National Transportation, Ltd.	[1983] 2 S.C.R. 206	257
Attorney General of Canada v. Canard	[1976] 1 S.C.R. 170	87, 106
Attorney General of Canada v. City of Montreal	[1978] 2 S.C.R. 770	260
Attorney General of Canada v. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 S.C.R. 735	549
Attorney General of Canada v. Lavell	[1974] S.C.R. 1349	87, 101
Attorney General of Canada v. Umpire (Unemployment Insurance Act)	[1977] 2 F.C. 696	443
Attorney-General of Nova Scotia v. Aza Avramovitch Associates Ltd.	(1984), 11 D.L.R. (4th) 588	194
Attorney General of Quebec and Keable v. Attorney General of Canada	[1979] 1 S.C.R. 218	247
Attorney-General v. Hitchcock	[1847] 1 Ex. 91, 154 E.R. 38	474

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Attorney-General v. Jonathan Cape Ltd.	[1975] 3 All E.R. 484	661
Attorney General v. Ryan	(1957), 91 I.L.T.R. 164	13
Australian Conservation Foundation Inc. v. Commonwealth of Australia	(1980), 28 A.L.R. 257	616

B

B (a minor), Re	(1982), 3 F.L.R. 117	417
B.C. Family Relations Act, Re	[1982] 1 S.C.R. 62	250
B.C. Motor Vehicle Act, Re	[1985] 2 S.C.R. 486	317, 785
Bagot v. Stevens Scanlan & Co.	[1966] 1 Q.B. 197	172
Bank of India v. Trans Continental Commodity Merchants Ltd.	[1982] 1 Lloyd's Rep. 506	566
Bank Line Ltd. v. Commissioner of Inland Revenue	(1974), 49 T.C. 307	520
Bannerman Brydone Folster & Co. v. Murray	[1972] N.Z.L.R. 411	209
Barkhouse v. Vanderploet	(1976), 16 N.S.R. (2d) 445	699
Batty v. Metropolitan Property Realisations Ltd.	[1978] Q.B. 554	180
Beall v. Smith	(1873), L.R. 9 Ch. 85	408
Bean v. Wade	(1885), 2 T.L.R. 157	169
Beard v. Beard	[1982] 1 S.C.R. 282	51
Beaudoin-Daigneault v. Richard	[1984] 1 S.C.R. 2	44
Beson v. Director of Child Welfare	[1982] 2 S.C.R. 716	411
Beverley's Case	(1603), 4 Co. Rep. 123 b, 76 E.R. 1118	409
Blainey and Ontario Hockey Association, Re	(1986), 26 D.L.R. (4th) 728, 54 O.R. (2d) 513	595
Bliss c. Procureur général du Canada	[1979] 1 R.C.S. 183	89, 106
Bliss v. Attorney General of Canada	[1979] 1 S.C.R. 183	89, 106
Board of Education of Central School District No. 1 v. Allen	392 U.S. 236 (1968)	311
Board of Regents of State Colleges v. Roth	408 U.S. 564 (1972)	318
Boggs v. The Queen	[1981] 1 S.C.R. 49	238
Bombay and Persia Steam Navigation Co. v. MacLay	[1920] 3 K.B. 402	547
Boorman v. Brown	(1842) 3 Q.B. 511	174
Boucher v. The King	[1951] S.C.R. 265	584
Boulet v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 332	278
Boyce v. Paddington Borough Council	[1903] 1 Ch. 109	618
Braunfeld v. Brown	366 U.S. 599 (1961)	314, 748, 799
British Columbia Power Corp. v. British Columbia Electric Co.	[1962] S.C.R. 642	544
Brown v. Board of Education of Topeka	347 U.S. 483 (1954)	297
Buck v. Bell	274 U.S. 200 (1927)	418
Burmah Oil Co. v. Bank of England	[1979] 3 All E.R. 700	654
Burri v. The Queen	85 D.T.C. 5287	531
Butcher v. Royal Trust Co.	(1984), 33 R.P.R. 178	365

C

C.D.M., Matter of	627 P.2d 607 (Alaska 1981)	421
Canadian Marconi Co. v. The Queen	[1986] 2 S.C.R. 522	519
Canadian National Ry. Co. v. Province of Nova Scotia	[1928] S.C.R. 106	343
Canadian Western Natural Gas Co. v. Pathfinder Surveys Ltd.	(1980), 12 Alta. L.R. (2d) 135	191

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Cardinal c. Directeur de l'établissement Kent	[1985] 2 R.C.S. 643	462
Cardinal v. Director of Kent Institution	[1985] 2 S.C.R. 643	462
Carota v. Jamieson	[1977] 1 F.C. 19	615
Cartledge v. E. Jopling & Sons Ltd.	[1963] A.C. 758	218
Cary v. Bertie	(1696), 2 Vern. 333, 23 E.R. 814	408
Cat Productions Ltd. v. Macedo	[1985] 1 F.C. 269	596
Central and Eastern Trust Co. v. Irving Oil Ltd.	[1980] 2 S.C.R. 29	157
Central and Eastern Trust Co. v. Stonehouse Motel and Restaurant Ltd.	(1977), 81 D.L.R. (3d) 495	157
Channel Seven Television Ltd. v. National Association of Broadcast Employees and Technicians	[1971] 5 W.W.R. 328	587
Chartier v. Attorney General of Quebec	[1979] 2 S.C.R. 474	239, 261
Christie v. York Corporation	[1940] S.C.R. 139	252
Cie Immobilière Viger Ltée v. Lauréat Giguère Inc.	[1977] 2 S.C.R. 67	43
City of Montreal v. Civic Parking Center Ltd.	[1981] 2 S.C.R. 541	128
Clark v. Kirby-Smith	[1964] 1 Ch. 506	172
Clarke v. Wawken	[1930] 2 D.L.R. 596	741
Comité conjoint des métiers de la construction de Montréal v. Boyer	[1951] Que. K.B. 662	348
Comité conjoint des métiers de la construction v. Bisson	(1937), 75 C.S. 209	347
Comité Paritaire de l'Industrie de l'Imprimerie de Montréal et du District v. Dominion Blank Book Co.	[1944] S.C.R. 213	340
Commission de l'industrie de la construction v. Hôpital St-François d'Assise	Unreported/non publiée	341
Commission de l'industrie de la construction v. Steinman	[1977] C.A. 340	342
Commission du salaire minimum v. Beau-Lab Co.	[1976] R.D.T. 116	341
Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 R.C.S. 536	812
Commissioners of Inland Revenue v. Korean Syndicate, Ltd.	(1921), 12 T.C. 181	529
Committee for Public Education and Religious Liberty v. Regan	444 U.S. 646 (1980)	311
Connelly v. Director of Public Prosecutions	[1964] A.C. 1254	490, 693
Conseil des Ports Nationaux v. Langelier	[1969] S.C.R. 60	262
Consumers Glass Co. v. Foundation Co. and Canada/Compagnie Foundation du Canada	(1985), 20 D.L.R. (4th) 126	194
Conway v. Rimmer	[1968] A.C. 910	648
Cook v. Swinfen	[1967] 1 W.L.R. 457	173
Corpus Christi College v. Rogers	(1879), 49 L.J. Ex. 4	708
Côté v. The Queen	[1975] 1 S.C.R. 303	491
Cowan v. Canadian Broadcasting Corp.	[1966] 2 O.R. 309	619
Cowan v. Milbourn	(1867), L.R. 2 Ex. 230	11
Cragg v. Minister of National Revenue	[1952] Ex. C.R. 40	532
Crevier c. Procureur général du Québec	[1981] 2 R.C.S. 220	80
Crevier v. Attorney General of Quebec	[1981] 2 S.C.R. 220	80
Curr v. The Queen	[1972] S.C.R. 889	88, 105, 802

D

D (a minor), Re	[1976] 1 All E.R. 326	414
Dabous v. Zuliani	(1976), 12 O.R. (2d) 230	184

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Danis v. Saumure	[1956] S.C.R. 403	701
Dardarian v. Schneider	(1956), 3 D.L.R. (2d) 292	701
Deacon v. The King	[1947] S.C.R. 531	278
Deeth v. Standard Trust Co.	(1980), 12 R.P.R. 157	363
Detering v. The Queen	[1982] 2 S.C.R. 583	25
Di Iorio c. Gardien de la prison de Montréal	[1978] 1 R.C.S. 152	80
Di Iorio v. Warden of the Montreal Jail	[1978] 1 S.C.R. 152	80
Dominion Chain Co. v. Eastern Construction Co.	(1976), 68 D.L.R. (3d) 385	171
Donoghue v. Stevenson	[1932] A.C. 562	185
Dubois v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 350	274
Duke v. The Queen	[1972] S.C.R. 917	322
Duncan v. Cammell, Laird & Co.	[1942] A.C. 624	649
E		
Eberhardy, Matter of	307 N.W.2d 881 (Wis. 1981)	421
Eberhardy's Guardianship, Matter of	294 N.W.2d 540 (Wis. 1980)	420
Ecclesiastical Commissioners of England and Wales v. Rowe	(1880), 5 App. Cas. 736	708
Edwards v. Mallan	[1908] 1 K.B. 1002	170
Elder, Dempster & Co. Ltd. v. Paterson, Zochonis & Co. Ltd.	[1924] A.C. 522	163
Ellis v. Deheer	[1922] 2 K.B. 113	699
Environmental Defence Society Inc. v. South Pacific Aluminium Ltd.	[1981] 1 N.Z.L.R. 146	668
Esso Petroleum Co. Ltd. v. Mardon	[1976] Q.B. 801	168, 181
Evans v. Gore	253 U.S. 245 (1920)	78
Everson v. Board of Education	330 U.S. 1 (1947)	311
F		
Finlay v. Murtagh	[1979] I.R. 249	171
Flast v. Cohen	392 U.S. 83 (1968)	622
Fletcher v. Thomas	[1931] 3 D.L.R. 142	699
Fletcher Timber Ltd. v. Attorney-General	[1984] 1 N.Z.L.R. 290	681
Flint & Walling Mfg. Co. v. Beckett	79 N.E. 503 (Ind. 1906)	201
Fontaine Watch Co. v. Minister of National Revenue	60 D.T.C. 535	530
Forster v. Outred & Co.	[1982] 2 All E.R. 753	183
G		
Gagnon v. Commission des valeurs mobilières du Québec	[1965] S.C.R. 73	651
Gallagher v. Crown Kosher Super Market of Massachusetts, Inc.	366 U.S. 617 (1961)	754
Giffels Associates Ltd. v. Eastern Construction Co.	[1978] 2 S.C.R. 1346	187
Glasgow Corporation v. Central Land Board	1956 S.C. (H.L.) 1	652
Gloucester Properties Ltd. v. R.	(1981), 24 C.P.C. 82	668
Godefroy v. Jay	(1831), 7 Bing. 413, 131 E.R. 159	176
Goguen v. Gibson	[1983] 2 F.C. 463	654
Gouriet v. Union of Post Office Workers	[1978] A.C. 435	618
Grady, In re	426 A.2d 467 (N.J. 1981)	421

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Griswold v. Connecticut	381 U.S. 479 (1965)	320
Groom v. Crocker	[1939] 1 K.B. 194	166
Grosvenor Hotel, London (No. 2), Re	[1964] 3 All E.R. 354	651
Groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario v. Canadian Chicken Marketing Agency	[1985] 1 F.C. 280	317
Groupe des éleveurs de volailles de l'est de l'Ontario c. Office canadien de commercialisation des poulets	[1985] 1 C.F. 280	317
Gunnar Mining Ltd. v. Minister of National Revenue	[1968] S.C.R. 226	534

H

H.M. Advocate v. Watson	(1885), 13 S.C.(J.) 6, 23 Scot. L.R. 267	10
Hall v. Brooklands Auto Racing Club	[1933] 1 K.B. 205	186
Halvorson v. McLellan Co.	[1973] S.C.R. 65	166
Hartman v. The Queen in right of Ontario	(1973), 2 O.R. (2d) 244	186
Haughton v. Smith	[1975] A.C. 476	23
Hayes' Guardianship, Matter of	608 P.2d 635 (Wash. 1980)	422
Hedley Byrne & Co. v. Heller & Partners Ltd.	[1964] A.C. 465	162
Henderson v. The King	[1948] S.C.R. 226	24
Henry Birks & Sons (Montreal) Ltd. v. City of Montreal	[1955] S.C.R. 799	739
Herman v. Smith	(1984), 42 R.F.L. (2d) 154	45
Hett v. Pun Pong	(1890), 18 S.C.R. 290	208
Hewson v. The Queen	[1979] 2 S.C.R. 82	491
Heywood v. Wellers	[1976] Q.B. 446	173
Hodgson and Raskin, Re	(1974), 47 D.L.R. (3d) 518	363
Horbas c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 2 C.F. 359	317
Horbas v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 2 F.C. 359	317
Howell v. Young	(1826), 5 B. & C. 259	169
Hudson v. Hudson	373 So.2d 310 (Ala. 1979)	420
Hunter v. Southam Inc.	[1984] 2 S.C.R. 145	299, 590, 768

I

Inland Revenue Commissioners v. National Federation of Self-Employed and Small Businesses Ltd.	[1982] A.C. 617	616
Insurance Corporation of British Columbia v. Heerspink	[1982] 2 S.C.R. 145	236
Irving Oil Ltd. v. Central and Eastern Trust Co.	(1978), 89 D.L.R. (3d) 374	157
Irwin v. Grey	(1862), 3 F. & F. 635, 176 E.R. 290	547

J

J. v. C.	[1970] A.C. 668	426
Jackson v. Mayfair Window Cleaning Co.	[1952] 1 All E.R. 215	170
Jacobson Ford-Mercury Sales Ltd. v. Sivertz	(1979), 103 D.L.R. (3d) 480	189
Jarvis v. Moy, Davies, Smith, Vandervell & Co.	[1936] 1 K.B. 399	170
John Maryon International Ltd. v. New Brunswick Telephone Co.	(1982), 141 D.L.R. (3d) 193	177
Joint Anti-Fascist Refugee Committee v. McGrath	341 U.S. 123 (1951)	622
Judges v. Attorney-General of Saskatchewan	[1937] 2 D.L.R. 209	76

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Junior Books Ltd. v. Veitchi Co.	[1983] 1 A.C. 521	205

K

K and Public Trustee, Re	(1985), 19 D.L.R. (4th) 255	417
Kaltenbach v. Royal Trust Co.	(1983), 30 R.P.R. 69	364
Kamloops (City of) v. Nielsen	[1984] 2 S.C.R. 2	220
Kelley v. Hart	(1934), 61 C.C.C. 364	23
Kelly v. Metropolitan Railway Co.	[1895] 1 Q.B. 944	170
Kienapple v. The Queen	[1975] 1 S.C.R. 729	483
Knowlton v. Hydro-Electric Power Com'n.	[1926] 1 D.L.R. 217	699
Krug v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 255	497

L

Laforet v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 869	689
Lanyon Pty. Ltd. v. Commonwealth of Australia	(1974), 129 C.L.R. 650	662
Latour v. The Queen	[1978] 1 S.C.R. 361	474
Law Society of Upper Canada v. Skapinker	[1984] 1 S.C.R. 357	768
Lawrence v. Lindsey	(1982), 28 R.F.L. (2d) 356	48
LaFarge Concrete Ltd. and District of Coquitlam, Re	(1972), 32 D.L.R. (3d) 459	129
Legislation Respecting Abstention from Labour on Sunday, In re	(1905), 35 S.C.R. 581	739
Leigh and Sullivan Ltd. v. Aliakmon Shipping Co.	[1985] 2 W.L.R. 289	195
Lemon v. Kurtzman	403 U.S. 602 (1971)	312
LeBlanc c. Ville de Transcona	[1974] R.C.S. 1261	623
LeBlanc v. City of Transcona	[1974] S.C.R. 1261	623
Lieberman v. The Queen	[1963] S.C.R. 643	733
Linda R. S. v. Richard D.	410 U.S. 614 (1973)	622
Lister v. Romford Ice and Cold Storage Co.	[1957] A.C. 555	174
Liverpool and London and Globe Insurance Co. v. Bennett	[1913] A.C. 610	520
Lodger's International Ltd. and O'Brien, Re	(1982), 141 D.L.R. (3d) 743	252
Lofstrom and Murphy, Re	(1971), 22 D.L.R. (3d) 120	623
Loi de 1979 sur la location résidentielle, Re	[1981] 1 R.C.S. 714	80, 248
London County Council v. Attorney-General	[1902] A.C. 165	618
London Passenger Transport Board v. Moscrop	[1942] A.C. 332	619
Lynch and Citadel Life Assurance Co., Re	(1983), 149 D.L.R. (3d) 316	364

M

M. R. T. Investments Ltd. v. The Queen	[1976] 1 F.C. 126, 75 D.T.C. 5224	530
Macpherson & Kelley v. Kevin Prunty & Associates	[1983] 1 V.R. 573	169
MacDonald and Royal Trust Corp. of Canada, Re	(1984), 8 D.L.R. (4th) 448	366
MacIlreith v. Hart	(1908), 39 S.C.R. 657	624
MacKay v. The Queen	[1980] 2 S.C.R. 370	65
March Shipping Ltd. c. Ministre du Revenu national	77 D.T.C. 371	515
March Shipping Ltd. v. Minister of National Revenue	77 D.T.C. 371	515
Margarine Union G.m.b.H. v. Cambay Prince Seamship Co. (The "Wear Breeze")	[1969] 1 Q.B. 219	195

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Massey-Ferguson Industries Ltd. v. Government of Saskatchewan	[1981] 2 S.C.R. 413	251
Matthews v. Kuwait Bechtel Corp.	[1959] 2 Q.B. 57	174
McCready v. Scott	(1967), 62 W.W.R. 563	702
McCulloch v. Ottawa Transportation Commission	[1954] 2 D.L.R. 443	700
McEvoy c. Procureur général du Nouveau-Brunswick	[1983] 1 R.C.S. 704	74
McEvoy v. Attorney General for New Brunswick	[1983] 1 S.C.R. 704	74
McGowan v. Maryland	366 U.S. 420 (1961)	743, 793
McGuigan v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 284	498
McInroy v. The Queen	[1979] 1 S.C.R. 588	278
McKinney v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 401	494
McLaren Maycroft & Co. v. Fletcher Development Co.	[1973] 2 N.Z.L.R. 100	173
Messineo v. Beale	(1978), 20 O.R. (2d) 49	188
Meyer v. State of Nebraska	262 U.S. 390 (1923)	301, 317
Midland Bank Trust Co. v. Hett, Stubbs & Kemp	[1979] Ch. 384	169
Milk Wagon Drivers Union v. Meadowmoor Dairies	312 U.S. 287 (1941)	587
Minister of Employment and Immigration v. Carrozzella	[1983] 1 F.C. 909	444
Minister of Justice of Canada v. Borowski	[1981] 2 S.C.R. 575	324, 615
Minister of National Revenue v. Taylor	[1956-60] Ex. C.R. 3	534
Ministre de la Justice du Canada c. Borowski	[1981] 2 R.C.S. 575	324, 615
Moe, Matter of	432 N.E.2d 712 (Mass. 1982)	421
Morgan v. Dillon	(Ire.) (1724), 9 Mod. R. 135, 88 E.R. 361	408
Morguard Properties Ltd. v. City of Winnipeg	[1983] 2 S.C.R. 493	535
Morin c. Comité national chargé de l'examen des cas d'unités spéciales de détention	[1985] 2 R.C.S. 662	462
Morin v. National Special Handling Unit Review Committee	[1985] 2 S.C.R. 662	462
Morris v. The Queen	[1983] 2 S.C.R. 190	135
Murray v. Roty	(1983), 41 O.R. (2d) 705	45

N

Nanan v. The State	[1986] 3 All E.R. 248	703
Nathan, In Re	(1884), 12 Q.B.D. 461	544
New Jersey State Board of Higher Education v. Board of Directors of Shelton College	448 A.2d 988 (1982)	300
New Jersey-Philadelphia Presbytery of the Bible Presbyterian Church v. New Jersey State Board of Higher Education	Unreported/non publiée	306
Nocton v. Ashburton	[1914] A.C. 932	166
Nova Scotia Board of Censors v. McNeil	[1976] 2 S.C.R. 265	615
Nunes Diamonds (J.) Ltd. c. Dominion Electric Protection Co.	[1972] R.C.S. 769	161
Nykorak v. Attorney General of Canada	[1962] S.C.R. 331	257

O

O'Malley v. Woodrough	307 U.S. 277 (1939)	78
Office de la construction du Québec v. Hôtel-Dieu de Québec	Unreported/non publiée	342
Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.	[1985] 2 S.C.R. 536	812
Operation Dismantle Inc. v. The Queen	[1985] 1 S.C.R. 441	314, 632

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Orpen v. Attorney General for Ontario	[1925] 2 D.L.R. 366	545
Ouimet v. Bazin	(1912), 46 S.C.R. 502	738
Owen v. Sassoon	(1951), 32 T.C. 101	520

P

P (a Minor), In re	(1981), 80 L.G.R. 301	416
P.S. by Harbin v. W.S.	452 N.E.2d 969 (Ind. 1983)	421
Padfield v. Minister of Agriculture, Fisheries & Food	[1968] A.C. 997	549
Paris Adult Theatre I v. Slaton	413 U.S. 49 (1973)	320
Parkdale Hotel Ltd. v. Canada Attorney-General	[1986] 2 F.C. 514	317
Penny N., In re	414 A.2d 541 (N.H. 1980)	422
Pettkus v. Becker	[1980] 2 S.C.R. 834	41
Photo Production Ltd. v. Securicor Transport Ltd.	[1978] 1 W.L.R. 856	180
Pierce v. Society of Sisters	268 U.S. 510 (1925)	320
Pierce v. Timmons	Unreported/non publiée	48
Pirelli General Cable Works Ltd. v. Oscar Faber & Partners	[1983] 2 A.C. 1	221
Power v. Halley	(1978), 88 D.L.R. (3d) 381	187
Prata c. Ministre de la Main-d'œuvre et de l'Immigration	[1976] 1 R.C.S. 376	88, 106
Prata v. Minister of Manpower and Immigration	[1976] 1 S.C.R. 376	88, 106
Prince v. Massachusetts	321 U.S. 158 (1944)	320
Procureur général de l'Alberta c. Putnam	[1981] 2 R.C.S. 267	247
Procureur général du Canada c. Canard	[1976] 1 R.C.S. 170	106
Procureur général du Canada c. Inuit Tapirisat of Canada	[1980] 2 R.C.S. 735	549
Procureur général du Canada c. Juge-arbitre (Loi sur l'assurance-chômage	[1977] 2 C.F. 696	443
Procureur général du Canada c. Lavell	[1974] R.C.S. 1349	87, 101
Procureur général du Canada c. Transports Nationaux du Canada, Ltée	[1983] 2 R.C.S. 206	257
Procureur général du Canada c. Ville de Montréal	[1978] 2 R.C.S. 770	260
Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal	[1978] 2 R.C.S. 770	741
Procureur général du Canada v. La Compagnie de Publication La Presse, Ltée	[1967] S.C.R. 60	127
Procureur général du Québec c. Côté	[1979] C.A. 118	281
Procureur général du Québec et Keable c. Procureur général du Canada	[1979] 1 R.C.S. 218	247
Proprietary Articles Trade Association v. Attorney-General for Canada	[1931] A.C. 310	237
Provencher v. Bissonnette	Unreported/non publiée	347

Q

Queen & Metcalfe Carpark Ltd. c. Ministre du Revenu national	[1973] C.T.C. 810, 74 D.T.C. 6007	530
Queen & Metcalfe Carpark Ltd. v. Minister of National Revenue	[1973] C.T.C. 810, 74 D.T.C. 6007	530
Quinlan, Matter of	335 A.2d 647 (N.J. 1976)	424

NAME OF CASE
INTITULÉ DE LA CAUSE

WHERE REPORTED
RENVOI

PAGE

R

R. and Vanguard Hutterian Brethren Inc. (1979), 97 D.L.R. (3d) 86 668
R. ex rel Brooks v. Ulmer [1923] 1 W.W.R. 1 307, 316
R. in Right of Alberta v. Mannix [1981] 5 W.W.R. 343 668
R. v. Allison (1983), 33 C.R. (3d) 333 493
R. v. Ancio [1984] 1 S.C.R. 225 23
R. v. Antoine (1949), 94 C.C.C. 106 282
R. v. Big M Drug Mart Ltd. [1985] 1 S.C.R. 295 294, 310, 590, 604, 725, 790, 793, 812
R. v. Birmingham and Taylor (1976), 34 C.C.C. (2d) 386 507
R. v. Blanchard [1941] 3 D.L.R. 467 688
R. v. Boyce (1975), 23 C.C.C. (2d) 16 493
R. v. Brown Boveri Howden Inc. 83 D.T.C. 5319 520
R. v. Brown [1947] O.W.N. 419 23
R. v. Bruno (1975), 27 C.C.C. (2d) 318 473
R. v. Bryan (1970), 1 C.C.C. (2d) 342 690
R. v. Burnshine [1975] 1 S.C.R. 693 87, 101
R. v. Cargill [1913] 2 K.B. 271 474
R. v. Carter [1964] 1 All E.R. 187, 48 Cr. App. R. 122 690, 698
R. v. Chapman [1959] 1 Q.B. 100 13
R. v. Cheeseman (1862), Le. & Ca. 140, 169 E.R. 1337 25
R. v. Cline (1956), 115 C.C.C. 18 23
R. v. Clouter & Heath (1859), 8 Cox C.C. 237 698
R. v. Côté (1979), 50 C.C.C. (2d) 564 281
R. v. Drybones [1970] S.C.R. 282 86
R. v. Eagleton (1854), Dears. C.C. 376 24
R. v. Earle (1980), 24 Nfld. & P.E.I.R. 65 494
R. v. Emkeit [1974] S.C.R. 133 702
R. v. Ford (1853), 3 U.C.C.P. 209 689
R. v. George [1960] S.C.R. 871 688
R. v. Gruba [1969] 2 C.C.C. 365 27
R. v. Gushue (1976), 32 C.C.C. (2d) 189 501
R. v. Hagenlocher (1981), 65 C.C.C. (2d) 101 485
R. v. Hargraves (1982), 69 C.C.C. (2d) 380 698
R. v. Harrison (1978), 7 C.R. (3d) 32 495
R. v. Hess (No. 2) (1949), 94 C.C.C. 57 688
R. v. Hrechuk (1951), 58 Man. R. 489 474
R. v. Johnson (1963), 48 Cr.App.R. 25 27
R. v. Jones [1986] 2 S.C.R. 284 759, 802
R. v. Karn (1909), 20 O.L.R. 91 10
R. v. Krause (1984), 12 C.C.C. (3d) 392 476
R. v. Langevin (1979), 47 C.C.C. (2d) 138 497
R. v. Lecky (1978), 42 C.C.C. (2d) 406 494
R. v. Lessard (1976), 30 C.C.C. (2d) 70 698
R. v. Logeman (1978), 5 C.R. (3d) 219 494
R. v. Lonar (1893), 25 N.S.R. 124 688

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
R. v. Longson	(1976), 31 C.C.C. (2d) 421	688
R. v. Loyer	[1978] 2 S.C.R. 631	499
R. v. Marsh & McLennan, Ltd.	[1984] 1 F.C. 609, reversing [1982] 2 F.C. 131	515
R. v. McLeod	[1930] 4 D.L.R. 226	263
R. v. Miller	[1985] 2 S.C.R. 613	462
R. v. Morehouse	(1982), 65 C.C.C. (2d) 231	688
R. v. Mysko	(1980), 2 Sask. R. 342	698
R. v. Oakes	[1986] 1 S.C.R. 103	282, 299, 315, 590, 604, 768, 794
R. v. Olan	[1978] 2 S.C.R. 1175	385
R. v. Parkin	(1824), 1 Mood. C.C. 45	691
R. v. Père Jean Grégoire de la Trinité	(1980), 60 C.C.C. (2d) 542	495
R. v. Perry and Franks	(1977), 36 C.C.C. (2d) 209	478
R. v. Philips Electronics Ltd.	(1980), 30 O.R. (2d) 129	344
R. v. Pinkerton	(1979), 46 C.C.C. (2d) 284	495
R. v. Quon	[1948] S.C.R. 508	489
R. v. Rafael	[1972] 3 O.R. 238	474
R. v. Robinson	(1948), 92 C.C.C. 223	12, 15
R. v. Robinson	[1915] 2 K.B. 342	24
R. v. Siggins	(1960), 127 C.C.C. 409	489
R. v. Smith	(1893), 25 N.S.R. 138	688
R. v. Snider	[1954] S.C.R. 479	651
R. v. Sorell and Bondett	(1978), 41 C.C.C. (2d) 9	26
R. v. Stradiotto	[1973] 2 O.R. 375	263
R. v. Stronach	(1928), 3 D.L.R. 216	127
R. v. Tamarac Foods Ltd.	(1978), 96 D.L.R. (3d) 678	743
R. v. Taylor	(1979), 48 C.C.C. (2d) 523	496
R. v. Thomas	(1983), 5 C.C.C. (3d) 464	689
R. v. Top Banana Ltd.	(1974), 4 O.R. (2d) 513	733
R. v. Turner	(1972), 8 C.C.C. (2d) 76	15
R. v. Vodden	(1853), Dears. 229, 169 E.R. 706	691, 698
R. v. Weibe	[1978] 3 W.W.R. 36	307
R. v. Wetmore	[1983] 2 S.C.R. 284	257
R. v. White	[1910] 2 K.B. 124	25
R. v. Wilmot	(1940), 74 C.C.C. 1	281
R. v. Wilson	[1983] 2 S.C.R. 594	34
Ralston Purina (Canada) Ltd. v. Thompson View Fur Farms Ltd.	(1984), 12 D.L.R. (4th) 228	702
Rathwell v. Rathwell	[1978] 2 S.C.R. 436	43
Reference re Alberta Statutes	[1938] S.C.R. 100	585
Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act	[1949] S.C.R. 1	237, 741
Regina and Bertucci, Re	(1984), 11 C.C.C. (3d) 83	698
Renvoi sur la Motor Vehicle Act (C.-B.)	[1985] 2 R.C.S. 486	317
Renvoi: Family Relations Act (C.-B.)	[1982] 1 R.C.S. 62	250
Residential Tenancies Act 1979, Re	[1981] 1 S.C.R. 714	80, 248
Robertson and Rosetanni v. The Queen	[1963] S.C.R. 651	732
Robinson v. State of South Australia (No. 2)	[1931] A.C. 704	648
Rochon v. Emary	(1981), 21 R.F.L. (2d) 366	45

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Roe v. Wade	410 U.S. 113 (1973)	803
Rogers v. Home Secretary	[1973] A.C. 388	658
Rose v. Aftenberger	(1969), 9 D.L.R. (3d) 42	568
Rosen v. The Queen	[1980] 1 S.C.R. 961	344
Rosenberg v. Grand River Conservation Authority	(1976), 69 D.L.R. (3d) 384	619
Ross v. Caunters	[1980] Ch. 297	182
Rowe v. Turner Hopkins & Partners	[1982] 1 N.Z.L.R. 178	200
Rowswell v. Pettit et al.	(1968), 68 D.L.R. (2d) 202	188
Royal Bank of Canada v. Clark and Watters	(1978), 22 N.B.R. (2d) 693, 39 A.P.R. 693	188
Russell v. Palmer	(1967) , 2 Wils. K.B. 325	176
Ryves v. Duke of Wellington	(1846), 9 Beav. 579, 50 E.R. 467	545

S

S. v. McC (orse. S.) and M; W. v. W., Re	[1972] A.C. 24	414
S.A.F. Construction (1973) Inc. v. Office de la construction du Québec	Unreported/non publiée	349
Sachs v. Henderson	[1902] 1 K.B. 612	170
Salerno v. White	(1982), 28 C.P.C. 165	699
Sallmaier, Matter of	378 N.Y.S.2d 989 (1976)	421
Sankey v. Whitlam	(1978), 21 A.L.R. 505	663
Saumur v. City of Quebec	[1953] 2 S.C.R. 299	234, 750
Schwebel v. Telekes	[1967] 1 O.R. 541	183, 188
Scowby v. Glendinning	[1986] 2 S.C.R. 226	751
Scruttons Ltd. v. Midland Silicones Ltd.	[1962] A.C. 446	164
Seaboard Loan Corporation v. McCall	7 S.E.2d 318 (1940)	567
Sealand of the Pacific v. Robert C. McHaffie Ltd.	(1974), 51 D.L.R. (3d) 702	183
Seneca College of Applied Arts and Technology v. Bhadauria	[1981] 2 S.C.R. 181	252
Shaw v. Royal Trust Co.	(1984), 33 R.P.R. 148	366
Sheridan Road Baptist Church v. Department of Education	348 N.W. 2d 263 (1984)	300
Simon v. Eastern Kentucky Welfare Rights Organization	426 U.S. 26 (1976)	623
Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration	[1985] 1 R.C.S. 177	317, 768
Singh v. Minister of Employment and Immigration	[1985] 1 S.C.R. 177	317, 768
Smallwood v. Sparling	[1982] 2 S.C.R. 686	654
Smerchanski v. Lewis	(1981), 31 O.R. (2d) 705	644
Smith (G.I.) v. McInnis	[1978] 2 S.C.R. 1357	191
Smith v. Anderson	(1880), 15 Ch. D. 247	528
Smith v. Attorney General of Ontario	[1924] S.C.R. 331	619
Smith v. Fox	(1848), 6 Hare 386, 67 E.R. 1216	169
Sparham-Souter v. Town and Country Developments (Essex) Ltd.	[1976] Q.B. 858	220
St. Prosper (La Corporation de la Paroisse de) v. Rodrigue	(1917), 56 S.C.R. 157	739
State v. Gates	141 S.E.2d 369 (W. Va. 1965)	804
State v. Shaver	294 N.W. 2d 883 (1980)	304
Ste-Marie v. Comité Conjoint (Construction)	[1952] Que. K.B. 255	341
Steljes v. Ingram	(1903), 19 T.L.R. 534	170
Storgoff (In re)	[1945] S.C.R. 526	239
Strunk v. Strunk	445 S.W.2d 145 (Ky. 1969)	427
Stump v. Sparkman	435 U.S. 349 (1978)	420

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Supreme Theatres Ltd. v. The Queen	81 D.T.C. 5136	531
Surrey (District of) v. Carroll-Hatch & Associates Ltd.	(1979), 101 D.L.R. (3d) 218	189
Sutton Lumber and Trading Co. v. Minister of National Revenue	[1953] 2 S.C.R. 77	531
Sweitzer v. The Queen	[1982] 1 S.C.R. 949	136
Switzman v. Elbling	[1957] S.C.R. 285	235, 585

T

Tai Hing Cotton Mill Ltd. v. Liu Chong Hing Bank Ltd.	[1985] 2 All E.R. 947	179
Teh Cheng Poh v. Public Prosecutor, Malaysia	[1980] A.C. 458	549
Terlecki v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 483	502
Terwilliger, Matter of	450 A.2d 1376 (Pa. 1982)	421
The King v. Dubois	[1935] S.C.R. 378	343
Thibault v. Central Trust Company of Canada	[1963] S.C.R. 312	212
Thornhill v. Alabama	310 U.S. 88 (1940)	587
Thorson c. Procureur général du Canada	[1975] 1 R.C.S. 138	543, 615
Thorson v. Attorney General of Canada	[1975] 1 S.C.R. 138	543, 615
Toronto Corporation v. York Corporation	[1938] A.C. 415	73
Town of St-Bruno de Montarville v. Mount Bruno Association Ltd.	[1971] S.C.R. 623	344
Tracy v. Atkins	(1979), 105 D.L.R. (3d) 632	206
Tulley, Guardianship of	App., 146 Cal.Rptr. 266 (1978)	420
Turner and Royal Trust Corp. of Canada, Re	(1985), 23 D.L.R. (4th) 746	366
Turner v. Stallibrass	[1898] 1 Q.B. 56	170
Two Guys from Harrison-Allentown, Inc. v. McGinley	366 U.S. 582 (1961)	754

U

United States v. Nixon	418 U.S. 683 (1974)	659
United Trust Co. c. Dominion Stores Ltd.	[1977] 2 R.C.S. 915.	367

V

Valente v. The Queen	[1985] 2 S.C.R. 673	70
Vancouver Pile Driving & Contracting Co. v. Minister of National Revenue	63 D.T.C. 1007	521
Vézina and Côté v. The Queen	[1986] 1 S.C.R. 2	378
Ville de Montréal c. Civic Parking Center Ltd.	[1981] 2 R.C.S. 541	128
Ville de St-Bruno de Montarville c. Mount Bruno Association Ltd.	[1971] R.C.S. 623	344

W

Wabasso Ltd. v. National Drying Machinery Co.	[1981] 1 S.C.R. 578	203
Walter v. Attorney General of Alberta	[1969] S.C.R. 383	749
Washington v. Davis	426 U.S. 229 (1976)	314
Watson v. Fitzpatrick	(1967), 65 D.L.R. (2d) 729	699
Watts v. Shuttleworth	(1860), 5 H. & N. 235, 157 E.R. 1171	565
Wellesley v. Duke of Beaufort	(1827), 2 Russ. 1, 38 E.R. 236	410
Wellesley v. Wellesley	(1828), 2 Bli. N.S. 124, 4 E.R. 1078	411

NAME OF CASE INTITULÉ DE LA CAUSE	WHERE REPORTED RENVOI	PAGE
Wellesley Hospital v. Lawson	[1978] 1 S.C.R. 893	343
Wentzel v. Montgomery General Hospital, Inc.	447 A.2d 1244 (Md. 1982)	421
Wertman v. Minister of National Revenue	64 D.T.C. 5158	528
Westendorp v. The Queen	[1983] 1 S.C.R. 43	238
Western Leaseholds Ltd. v. Minister of National Revenue	[1960] S.C.R. 10	530
Williamson v. Lee Optical of Oklahoma	348 U.S. 483 (1955)	772
Wilson v. Munro	(1983), 32 R.F.L. (2d) 235	52
Winnipeg School Division No. 1 v. Craton	[1985] 2 S.C.R. 150	236
Wisconsin v. Yoder	406 U.S. 205 (1972)	320
Wolman v. Walter	433 U.S. 229 (1977)	311
X		
X (a minor), Re	[1975] 1 All E.R. 697	412

STATUTES AND REGULATIONS CITED

PAGE

A

Attorney General Act, R.S.B.C. 1979, c. 23
s. 2(a) 539
s. 2(e) 539

C

Canada Assistance Plan, R.S.C. 1970, c. C-1
s. 2 607
s. 7(1) 607

Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10
s. 5(2) 272
s. 9 272
s. 10 272
s. 11 ..... 272, 466

Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III
s. 1(b) 56

Canadian Charter of Rights and Freedoms
s. 1 ..... 272, 284, 573, 713
s. 2(a) 284, 713
s. 2(b) 573
s. 7 ..... 284, 388, 713
s. 13 272
s. 15 713
s. 15(1) 388
s. 24(1) 713
s. 27 713
s. 32(1) 573
s. 32(2) 713

Chancery Act, R.S.P.E.I. 1951, c. 21
s. 3 388

Chancery Jurisdiction Transfer Act, S.P.E.I. 1974, c. 65
s. 2 388

Charter of the City of Montréal, 1960, S.Q. 1959-60, c. 102
s. 792 571

PAGE

Companies Act, R.S.N.S. 1967, c. 42
s. 96(5) 147

Constitution Act, 1867
s. 91 713
s. 92 713
s. 92(14) 56
s. 96 226
s. 100 56

Constitution Act, 1982
s. 52 713
s. 52(1) 284, 573

Construction Industry Labour Relations Act, S.Q. 1968, c. 45
s. 1(e) 327
s. 1(i) 327
s. 1(j) 327
s. 1(p) 327
s. 1(q) 327
s. 1(r) 327
s. 2 327

Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34
s. 2 "person" 376
s. 25 226
s. 26 226
s. 29 226
s. 178.1 29
s. 178.13(1.1) 29
s. 178.13(1.2) 29
s. 178.13(2)(d) 29
s. 195(1)(a) 2
s. 247(2) 226
s. 338(1)(a) 376
s. 449 226
s. 450 226
s. 451 226
s. 452 226
s. 453 226
s. 454 226
s. 510(3) 376
s. 512 376
s. 529(4) 376

PAGE

s. 529(6) 376
s. 613(1)(b)(iii) 272

Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, c. 86 539

D

Decree respecting the construction industry concerning the juridical extension of a collective labour agreement respecting the construction industry in Québec, (1973) 105 O.G. II 5837
s. 3.01 327
s. 3.02 327
s. 18.06 327
s. 32.03 327

H

Hospitals Act, "Hospital Management Regulations", R.R.P.E.I., c. H-11
s. 48 388

I

Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63
s. 89(1) 509
s. 125 509
s. 125.1 ..... 509, 522
s. 129(1) 509
s. 129(3) 509
s. 129(4) 509
s. 248(1) 522

Income Tax Regulations, SOR/73-495
s. 5200 522

Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18
s. 10(1) 351
s. 10(2) 351

J

Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1
s. 29.1 56

PAGE

L

Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240 707

M

Mental Health Act, S.P.E.I. 1974, c. 65
s. 2(n) 388
s. 30A(1) 388
s. 30A(2) 388
s. 30B 388
s. 30L 388

Mortgage Act, R.S.M. 1970, c. M200
s. 20(6) 351

Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 209
s. 930(d) 124

Municipal Act, S.M. 1970, c. 100
s. 444 607

P

Parole Act, R.S.C. 1970, c. P-2 459

R

Real Property Act, R.S.M. 1970, c. R30
s. 103(1)(c) 351

Retail Business Holidays Act, R.S.O. 1980, c. 453
s. 2(1) 713
s. 3(4) 713

Royal Canadian Mounted Police Act, R.S.C. 1970, c. R-9
s. 37(3) 226

Royal Canadian Mounted Police Regulations, C.R.C. 1978, c. 1391
s. 25 226

S

Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1
s. 3 226

	PAGE
s. 7	226
s. 25	226
s. 27	226
s. 28(1)	226
s. 29(1)	226
s. 29(2)	226
s. 30(1)(a)	226
s. 31(3)	226
s. 31(7)	226
s. 31(8)	226
s. 35(3)	226
School Act, R.S.A. 1980, c. S-3	
s. 142(1)	284
s. 143(1)(a)	284
s. 143(1)(e)	284
s. 180(1)	284
Social Allowances Act, R.S.M. 1970, c. S160	
s. 11(5)(b)	607
s. 20(3)	607
Statute of Limitations, R.S.N.S. 1967, c. 168	
s. 2(1)(c)	147
Statute Law (Superannuation) Amendment Act, 1975, S.C. 1974-75-76, c. 81	
s. 100	56

U

Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48	
s. 44	439

LOIS ET RÈGLEMENTS CITÉS

PAGE

A

Attorney General Act, R.S.B.C. 1979, chap. 23
art. 2a) ... 539
art. 2e) ... 539

C

Chancery Act, R.S.P.E.I. 1951, chap. 21
art. 3 ... 388

Chancery Jurisdiction Transfer Act, S.P.E.I. 1974, chap. 65
art. 2 ... 388

Charte canadienne des droits et libertés
art. 1 ... 272, 284, 573, 713
art. 2a) ... 284, 713
art. 2b) ... 573
art. 7 ... 284, 388, 713
art. 13 ... 272
art. 15 ... 713
art. 15(1) ... 388
art. 24(1) ... 713
art. 27 ... 713
art. 32(1) ... 573
art. 32(2) ... 713

Charte de la Ville de Montréal, 1960, S.Q. 1959-60, chap. 102
art. 792 ... 571

Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34
art. 2 «personne» ... 376
art. 25 ... 226
art. 26 ... 226
art. 29 ... 226
art. 178.1 ... 29
art. 178.13(1.1) ... 29
art. 178.13(1.2) ... 29
art. 178.13(2)d) ... 29
art. 195(1)a) ... 2
art. 247(2) ... 226
art. 338(1)a) ... 376
art. 449 ... 226
art. 450 ... 226
art. 451 ... 226
art. 452 ... 226
art. 453 ... 226
art. 454 ... 226
art. 510(3) ... 376
art. 512 ... 376
art. 529(4) ... 376
art. 529(6) ... 376
art. 613(1)b)(iii) ... 272

Companies Act, R.S.N.S. 1967, chap. 42
art. 96(5) ... 147

Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, chap. 86 ... 539

D

Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III
art. 1b) ... 56

Décret relatif à l'industrie de la construction concernant l'extension juridique d'une convention collective de travail relative à l'industrie de la construction dans le Québec, (1973) 105 G.O. II 5837
art. 3.01 ... 327
art. 3.02 ... 327
art. 18.06 ... 327
art. 32.03 ... 327

H

Hospitals Act, «Hospital Management Regulations», R.R.P.E.I., chap. H-11
art. 48 ... 388

PAGE

L

Loi constitutionnelle de 1867
art. 91 ... 713
art. 92 ... 713
art. 92(14) ... 56
art. 96 ... 226
art. 100 ... 56

Loi constitutionnelle de 1982
art. 52 ... 713
art. 52(1) ... 284, 573

Loi de 1975 modifiant le droit statutaire (Pensions de retraite), S.C. 1974-75-76, chap. 81
art. 100 ... 56

Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48
art. 44 ... 439

Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63
art. 89(1) ... 509
art. 125 ... 509
art. 125.1 ... 509, 522
art. 129(1) ... 509
art. 129(3) ... 509
art. 129(4) ... 509
art. 248(1) ... 522

Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18
art. 10(1) ... 351
art. 10(2) ... 351

Loi sur la Gendarmerie royale du Canada, S.R.C. 1970, chap. R-9
art. 37(3) ... 226

Loi sur la libération conditionnelle de détenus, S.R.C. 1970, chap. P-2 ... 459

Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, chap. 240 ... 707

Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10
art. 5(2) ... 272
art. 9 ... 272
art. 10 ... 272
art. 11 ... 272, 466

Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail, L.R.O. 1980, chap. 453
art. 2(1) ... 713

PAGE

art. 3(4) ... 713

Loi sur les juges, S.R.C. 1970, chap. J-1
art. 29.1 ... 56

Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction, L.Q. 1968, chap. 45
art. 1e) ... 327
art. 1i) ... 327
art. 1j) ... 327
art. 1p) ... 327
art. 1q) ... 327
art. 1r) ... 327
art. 2 ... 327

M

Mental Health Act, S.P.E.I. 1974, chap. 65
art. 2n) ... 388
art. 30A(1) ... 388
art. 30A(2) ... 388
art. 30B ... 388
art. 30L ... 388

Mortgage Act, R.S.M. 1970, chap. M200
art. 20(6) ... 351

Municipal Act, R.S.B.C. 1979, chap. 209
art. 930d) ... 124

Municipal Act, S.M. 1970, chap. 100
art. 444 ... 607

R

Real Property Act, R.S.M. 1970, chap. R30
art. 103(1)c) ... 351

Régime d'assistance publique du Canada, S.R.C. 1970, chap. C-1
art. 2 ... 607
art. 7(1) ... 607

Règlement de la Gendarmerie royale du Canada, C.R.C. 1978, chap. 1391
art. 25 ... 226

Règlements de l'impôt sur le revenu, DORS/73-495
art. 5200 ... 522

PAGE

S

Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1
art. 3 ... 226
art. 7 ... 226
art. 25 ... 226
art. 27 ... 226
art. 28(1) ... 226
art. 29(1) ... 226
art. 29(2) ... 226
art. 30(1)a) ... 226
art. 31(3) ... 226
art. 31(7) ... 226
art. 31(8) ... 226
art. 35(3) ... 226

School Act, R.S.A. 1980, chap. S-3
art. 142(1) ... 284
art. 143(1)a) ... 284
art. 143(1)e) ... 284
art. 180(1) ... 284

Social Allowances Act, R.S.M. 1970, chap. S160
art. 11(5)b) ... 607
art. 20(3) ... 607

Statute of Limitations, R.S.N.S. 1967, chap. 168
art. 2(1)c) ... 147

AUTHORS CITED

DOCTRINE CITÉE

PAGE

American Jurisprudence, vol. 7, 2nd ed., "Attorneys at Law" § 200 208

American Jurisprudence, vol. 38, "Negligence" § 20 201

Béliveau, Pierre et Diane Labrèche. "L'élargissement du concept de "double jeopardy" en droit pénal canadien: de bis puniri a bis vexari" (1977), 37 *R. du B.* 589. 486

Bower, George Spencer. *The Doctrine of Res Judicata*, 2nd ed. By Sir Alexander Kingcome Turner. London: Butterworths, 1969. 693

Braithwaite, William J. "Developments in Criminal Law and Procedure: The 1979-80 Term" (1981), 2 *Supreme Court L. R.* 177. 487

Braithwaite, William J. "Down to the Core of the Kienapple" (1979), 9 C.R. (3d) 88. 487

Burgdorf, Robert L., Jr., and Marcia Pearce Burgdorf. "The Wicked Witch is Almost Dead: *Buck v. Bell* and the Sterilization of Handicapped Persons," 50 *Temp. L.Q.* 995 (1977). 419

Canada. *Annuaire du Canada*, 1985. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services. 804

Canada. *Canada Year Book*, 1985. Ottawa: Minister of Supply and Services. 804

Canada. Commission de réforme du droit. *La stérilisation et les personnes souffrant de handicaps mentaux* (Document de travail 24). Ottawa: 1979. 428

Canada. Law Reform Commission. *Sterilization: Implications for Mentally Retarded and Mentally Ill Persons* (Working Paper 24). Ottawa: 1979. 428

Canada. Ministre du Revenu national. *Bulletin d'interprétation* IT-73R3, «Revenu tiré d'une entreprise exploitée activement», 15 avril 1980. 530

Canada. Minister of National Revenue. *Interpretation Bulletin* IT-73R3, "Income from an Active Business", April 15, 1980. 530

Canada. Parlement. Chambre des communes. *Débats de la Chambre des communes du Canada.* Deuxième session, Quatrième Parlement, vol. 1, le 31 mars 1880. Ottawa: Imprimeur de la Reine, 1880. 358

Canada. Parliament. House of Commons. *Debates of the House of Commons of the Dominion of Canada.* Second Session, Fourth Parliament, vol. 1, March 31, 1880. Ottawa: Queen's Printer, 1880. 358

Canadian Encyclopedia, vols. 2 and 3. Edmonton: Hurtig Publishers. 804

Charlesworth, John and R. A. Percy. *Charlesworth and Percy on Negligence*, 7th ed. Commonwealth Law Library no. 6. London: Sweet and Maxwell, 1983 208

Chasse, Kenneth L. "A New Meaning for Res Judicata and its Potential Effect on Plea Bargaining" (1974), 26 C.R.N.S. 20, 48 and 64. 486

Cihlar, Frank P., et al. "Church-State—State-Religious Institutions and Values: A Legal Survey—1964-66," 41 *Notre Dame Lawyer* 681 (1966). 804

Crankshaw's Criminal Code, 8th ed. Gary P. Rodrigues, ed. Toronto: Carswells, 1979. 688

Cromwell, Thomas A. *Locus Standi: A Commentary on the Law of Standing in Canada.* Toronto: Carswells, 1986. 619

Cross, Sir Rupert. *Evidence*, 5th ed. London: Butterworths, 1979 278

Dicey Albert Venn. *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10th ed. London: Macmillan, 1959 262

Dugdale, A. M. and K. M. Stanton. *Professional Negligence.* London: Butterworths, 1982 209

Dworkin, Ronald. *Law's Empire.* Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University, 1986. 809

Dwyer, John L. "Solicitor's Negligence — Tort or Contract?" (1982), 56 *A.L.J.* 524 169

Edwards, J. Ll. J. *The Law Officers of the Crown.* London: Sweet & Maxwell, 1964 547

Ewaschuk, E. G. "The Rule Against Multiple Convictions and Abuse of Process" (1975), 28 C.R.N.S. 28 486

Falconbridge, John Delatre. *Falconbridge on Mortgages*, 4th ed. Edited by W. B. Rayner and R. H. McLaren. Toronto: Canada Law Book, 1977 363

Fifoot, Cecil H. Stewart. *History and Sources of the Common Law: Tort and Contract.* London: Stevens, 1949 176

Fitzherbert, Sir Anthony. *The new Natura brevium of the most reverend judge, Mr. Anthony Fitz-Herbert.* London: A Strahan and W. Woodfall, law printers to the King, for J. Butterworth, 1794. 410

French, Christine. "The Contract/Tort Dilemma" (1983), 5 *Otago L.R.* 236 169

Fridman, G. H. L. and James G. McLeod. *Restitution.* Toronto: Carswells, 1982. 43

Garant, Patrice. "Fundamental Freedoms and Natural Justice Section 7)". In *The Canada Charter of Rights and Freedoms: Commentary.* Edited by Walter S. Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin. Toronto: Carswells, 1982, pp. 257-290 317

Garant, Patrice. «Libertés fondamentales et justice naturelle (article 7)». Dans *Charte canadienne des droits et libertés.* Édité par Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982, pp. 327 à 366. 317

Gibson, Dale. "The Charter of Rights and the Private Sector" (1982), 12 *Man. L.J.* 213. 597

Gibson, Dale. "Distinguishing the Governors from the Governed: The Meaning of 'Government' under Section 32(1) of the Charter" (1983), 13 *Man. L.J.* 505 597

Goff, Sir Robert and Gareth Jones. *The Law of Restitution,* 2nd ed. London: Sweet & Maxwell, 1978. 47

Great Britain. Law Commission. *Criminal law: Attempt, and Impossibility in relation to Attempt, Conspiracy and Incitement* (Law Com. No. 102), June 25, 1980. In *Law Commission Reports*, vol. 11. Collected Edition. Abington, Oxon.: Professional Books Ltd., 1979-80, reprinted 1983 22

Halsbury's Laws of England, vol. 9, 2nd ed. London: Butterworths, 1933 547

Halsbury's Laws of England, vol. 11, 4th ed. London: Butterworths, 1975. 691

Hickling, M.A. "Labour Disputes and Disentitlement to Benefits". In *Unemployment Insurance.* Course coordinator Allan H. MacLean. Vancouver: Continuing Legal Education Society of British Columbia, 1983 444

Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985. 235, 586, 790

Jackson, Rupert M. and John L. Powell. *Professional Negligence.* London: Sweet and Maxwell, 1982 209

Jordan, James C. "Application and Limitations of the Rule Prohibiting Multiple Convictions: Kienapple v. The Queen to R. v. Prince" (1984-85), 14 *Man. L. J.* 341. 486

Klinck, Dennis R. " 'The Same Cause or Matter': The Legacy of Kienapple" (1983-84), 26 *Crim. L. Q.* 280. 486

Klipper, George B. *Unjust Enrichment.* Toronto: Butterworths, 1983 47

Lachance, Denise. "In re *Grady*: The Mentally Retarded Individual's Right to Choose Sterilization," 6 *Am. J.L. & Med.* 559 (1981). 419

PAGE

Lane, Lord. "Judicial Independence and the Increasing Executive Role in Judicial Administration". In *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Edited by Shimon Shetreet and Jules Deschênes. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 525-528 71

Laskin, Bora. "An Inquiry into the Diefenbaker Bill of Rights" (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 77 235

Lederman, W. R. "The Independence of the Judiciary" (1956), 34 *Can. Bar Rev.* 769, 1139 71

Lempert, Richard O. and Stephen A. Saltzburg. *A Modern Approach to Evidence*. American Casebook Series. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1977 803

Leonoff, Heather and David Deutscher. "The Plea and Related Matters". In *Criminal Procedure in Canada*. Edited by Vincent Del Buono. Toronto: Butterworths, 1982, pp. 229-262 487

Leonoff, Heather et David Deutscher. «Le plaidoyer et les problèmes connexes». Dans *Procédure pénale au Canada*. Édité par Vincent Del Buono et traduit par Ethel Groffier. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1983, pp. 267 à 305 487

Mahoney, R. M. "Lawyers — Negligence — Standard of Care" (1985), 63 *Can. Bar Rev.* 221 208

Manning, Morris. *Rights, Freedoms and the Courts*. Toronto: Edmond-Montgomery, 1983 597

McClean, A. J. "Constructive and Resulting Trusts—Unjust Enrichment in a Common Law Relationship—Pettkus v. Becker" (1981), 16 *U.B.C.L. Rev.* 155 47

McIvor, Craig L. "Equitable Jurisdiction to Order Sterilizations," 57 *Wash. L.R.* 373 (1982) 419

McLaughlin, Paul. *Guardianship of the Person*. Downsview, Ont.: National Institute on Mental Retardation, 1979 409

McLellan, A. Anne and Bruce P. Elman. "To Whom Does the Charter Apply? Some Recent Cases on Section 32" (1986), 24 *Alta. L. Rev.* 361 597

Meehan, Eugene Rankin. *The Law of Criminal Attempt—A Treatise*. Calgary: Carswells, 1984 22

Mewett, Alan W. "Nemo Bis Vexari" (1973-74), 16 *Crim. L. Q.* 382 486

Mill, John Stuart. *On Liberty*. Edited by Elizabeth Rapaport. Indianapolis: Hackett Publishing Co., 1978 319

Mill, John Stuart. "On Liberty". In *On Liberty and considerations on Representative Government*. Edited by R. B. McCallum. Oxford: Basil Blackwell, 1946 583

Milton, John. *Areopagitica; A Speech of Mr. John Milton for the Liberty of Unlicenc'd Printing, to the Parliament of England*. London: 1644 583

New Encyclopedia Britannica, Macropedia, vol. 22, 15th ed. Chicago: Encyclopedia Britannica Inc., 1986 803

Norris, Christina Norton. "Recent Developments—Courts—Scope of Authority—Sterilization of Mental Incompetents," 44 *Tenn. L. Rev.* 879 (1977) 420

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Sunday Observance Legislation*. Toronto: Department of Justice, 1970 ..... 734, 796

Ontario. Law Reform Commission. *Report on Section 16 of The Mortgages Act*. Toronto: Queen's Printer, 1971 361

Palmer, George C. *Law of Restitution*, vol. 1. Boston: Little, Brown, 1978 43

Petter, Andrew. "Not 'Never on a Sunday': *R. v. Videoflicks Ltd. et al.*" (1984-85), 49 *Sask. Law Rev.* 96 ... 764, 789

Phipson, Sydney Lovell. *Phipson on Evidence*, 13th ed. By J. H. Buzzard, R. May and M. N. Howard. London: Sweet & Maxwell, 1982 278

Pigeon, Louis-Philippe. "The Bill of Rights and the British North America Act" (1959), 37 *Can. Bar Rev.* 66 235

Prosser, William Lloyd. "The Borderland of Tort and Contract." In *Selected Topics on the Law of Torts*. Ann Arbor: University of Michigan Law School, 1953 202

Prosser, William Lloyd. *Handbook of the Law of Torts*, 4th ed. St. Paul, Minn.: West Publishing, 1971 201

Prosser, William Lloyd, John W. Wade and Victor E. Schwartz. *Cases and Materials on Torts*, 6th ed. Mineola, N.Y.: Foundation Press, 1976 203

Reiter, B. J. Annotation: *Deeth v. Standard Trust Co.* (1980), 12 R.P.R. 158 362
Rogers, Ian MacFee. *The Law of Canadian Municipal Corporations*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1971 127
Ross, Deborah Hardin. "Sterilization of the Developmentally Disabled: Shedding Some Myth-Conceptions," 9 *Fla. St. U.L.Rev.* 599 (1981) 420
Rowlatt, Sir Sydney Arthur Taylor. *Rowlatt on the Law of Principal and Surety*, 4th ed. By David G. M. Marks and Gabriel S. Moss. London: Sweet & Maxwell, 1982 569
Rozéfort, Wallace. "Are Corporations Entitled to Freedom of Religion Under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?" (1986), 15 *Man. L.J.* 199 784
Salhany, Roger E. *Canadian Criminal Procedure*, 4th ed. Aurora: Canada Law Book, 1984 487
Scace, Arthur R. A. *The Income Tax Law of Canada*, 3rd ed. Toronto: Law Society of Upper Canada, 1976 519
Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2. Toronto: Carswells, 1978 802
Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1983 278
Sheppard, A. F. "Criminal Law—Rule Against Multiple Convictions" (1976), 54 *Can. Bar Rev.* 627 486
Sherlock, Richard K. and Robert D. Sherlock. "Sterilizing the Retarded: Constitutional, Statutory and Policy Alternatives," 60 *N.C.L.Rev.* 943 (1982) 418
Shetreet, Shimon. "The Emerging Transnational Jurisprudence on Judicial Independence: The IBA Standards and Montreal Declaration": In *Judicial Independence: The Contemporary Debate*. Edited by Shimon Shetreet and Jules Deschênes. Dordrecht, The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, 1985, pp. 393-402 69
Spellman, Richard A. "A New Look at Sunday Closing Legislation," 45 *Nebraska Law Rev.* 775 (1966) 805
Stevens, David. Case Comment: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 122 362
Strayer, Barry Lee. *The Canadian Constitution and The Courts*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983 802
Stuart, Don. *Canadian Criminal Law*. Toronto: Carswells, 1982 22
Swan, John. Annotation: *Potash v. Royal Trust Co.* (1985), 33 R.P.R. 130 362
Swinton, Katherine. «Application de la Charte canadienne des droits et libertés». Dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982 593
Swinton, Katherine. "Application of the Canadian Charter of Rights and Freedoms". In W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms—Commentary*. Toronto: Carswells, 1982 593
Tarnopolsky, Walter S. *The Canadian Bill of Rights*. 2nd ed., Toronto: McClelland and Stewart Ltd., 1975 ..... 106, 235
Tarnopolsky, Walter S. «Les droits à l'égalité». Dans Gérald-A. Beaudoin et Walter S. Tarnopolsky, éd., *Charte canadienne des droits et libertés*. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982 ..... 595, 808
Tarnopolsky, Walter S. "The Equality Rights". In W. S. Tarnopolsky and G.-A. Beaudoin, eds., *The Canadian Charter of Rights and Freedoms—Commentary*. Toronto: Carswells, 1982 ..... 595, 808
Tarnopolsky, Walter S. "The Iron Hand in the Velvet Glove: Administration and Enforcement of Human Rights Legislation in Canada" (1968), 46 *Can. Bar Rev.* 565 256
Theobald, Sir Henry Studdy. *The Law Relating to Lunacy*. London: Stevens and Sons Ltd., 1924 407
Thio, S. M. *Locus Standi and Judicial Review*. Singapore University Press, 1971 619
Waters, D. W. M. *Law of Trusts in Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1984 43
Weiler, Paul C. *Reconcilable Differences*. Toronto: Carswells, 1980 590
Wigmore, John Henry. *Evidence in Trials at Common Law*, vol. 8. Revised by John T. McNaughton. Boston: Little, Brown & Co., 1961 700
Williston, W. B. and R. J. Rolls. *The Law of Civil Procedure*, vol. 2. Toronto: Butterworths, 1970 681

PAGE

Winfield, Sir Percy Henry. *Winfield on Tort*, 7th ed. By J. A. Jalowicz and T. Ellis Lewis. London: Sweet and Maxwell, 1963 ..... 176, 184

Zamir, Itzhac. *The Declaratory Judgment*. London: Stevens & Sons Ltd., 1962..... 619

Edwards Books and Art Limited *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Her Majesty The Queen *Appellant*

v.

Nortown Foods Limited *Respondent*

and between

Longo Brothers Fruit Markets Limited, Thomas Longo, Joseph Longo, carrying on business as Longo Brothers Fruit Market *Appellants*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and between

Paul Magder *Appellant*

v.

Her Majesty The Queen *Respondent*

and

The Attorney General of Canada, the Attorney General of Quebec, the Attorney General of Nova Scotia, the Attorney General for New Brunswick, the Attorney General of Manitoba, the Attorney General of British Columbia, the Attorney General for Saskatchewan, the Attorney General for Alberta, the Attorney General of Newfoundland, and the Ontario Conference Corporation of the Seventh-day Adventist Church *Interveners*

INDEXED AS: R. *v.* EDWARDS BOOKS AND ART LTD.

File Nos.: 19053, 19069, 19054, 19046.

1986: March 4, 5, 6; 1986: December 18.

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

Edwards Books and Art Limited *Appelante*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

et entre

Sa Majesté La Reine *Appelante*

c.

Nortown Foods Limited *Intimée*

et entre

Longo Brothers Fruit Markets Limited, Thomas Longo, Joseph Longo, faisant affaire sous la raison sociale de Longo Brothers Fruit Market *Appelants*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

et entre

Paul Magder *Appelant*

c.

Sa Majesté La Reine *Intimée*

et

Le procureur général du Canada, le procureur général du Québec, le procureur général de la Nouvelle-Écosse, le procureur général du Nouveau-Brunswick, le procureur général du Manitoba, le procureur général de la Colombie-Britannique, le procureur général de la Saskatchewan, le procureur général de l'Alberta, le procureur général de Terre-Neuve, et l'Ontario Conference Corporation of the Seventh-day Adventist Church *Intervenants*

RÉPERTORIÉ: R. *c.* EDWARDS BOOKS AND ART LTD.

N^os^ du greffe: 19053, 19069, 19054, 19046.

1986: 4, 5, 6 mars; 1986: 18 décembre.

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

ON APPEAL FROM THE COURT OF APPEAL FOR ONTARIO

Constitutional law — Charter of Rights — Freedom of religion — Right to liberty — Retail businesses required to close on Sundays — Act premised on secular concern for common pause day — Exemptions provided for in Act, including limited exemption for Saturday observers — Whether or not Act within province's legislative powers — Whether or not Act infringed Charter rights to freedom of religion (s. 2(a)), or the right to liberty (s. 7), or the right to equality before the law (s. 15) — Whether or not limitation imposed by the Act on these rights justifiable in a free and democratic society — Retail Business Holidays Act, R.S.O. 1980, c. 453, ss. 2(1), 3(4) — Constitution Act, 1867, ss. 91, 92 — Constitution Act, 1982, s. 52 — Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 7, 15, 27, 32.

Four Ontario retailers were charged in 1983 with failing to ensure that no goods were sold or offered for sale by retail on a Sunday contrary to the *Retail Business Holidays Act*. The cases were tried at different times by judges of the Provincial Offences Court. Edwards, Longo and Magder won in that Court, but lost in the Provincial Offences Appeal Court and the Ontario Court of Appeal. In their appeals to this Court they challenged the constitutionality of the *Retail Business Holidays Act*. Little evidence, if any, as to the religious beliefs of the employees or customers, was adduced. Nortown, a kosher food store owned by Jewish businessmen, violated the Act in that the number of employees serving the public exceeded the maximum allowed in the exemption provided for in s. 3(4). Under s. 3(4), stores could open on Sunday if they had been closed on Saturday, and had no more than seven employees and had less than 5,000 square feet of retail space to serve the public. Nortown lost in the first two courts but won in the Court of Appeal. In answer to the Crown appeal, Nortown questioned the applicability of the Act to its particular business on constitutional grounds.

The constitutional questions stated by the Court queried: (1) whether or not the *Retail Business Holidays Act* was within the province's legislative competence; (2) whether or not ss. 2, 7, and/or 15 of the *Charter* had been violated; and (3) the extent to which an infringe-

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

Droit constitutionnel — Charte des droits — Liberté de religion — Droit à la liberté — Commerces de détail obligés de fermer le dimanche — Loi fondée sur l'intérêt d'ordre laïque d'avoir un jour commun de repos — Exemptions prévues par la Loi, dont une exemption limitée pour ceux qui observent le samedi — La Loi relève-t-elle de la compétence législative de la province? — La Loi porte-t-elle atteinte à la liberté de religion garantie par la Charte (art. 2a)), au droit à la liberté (art. 7) ou au droit à l'égalité devant la loi (art. 15)? — Les restrictions qu'apporte la Loi à ces droits sont-elles justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique? — Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail, L.R.O. 1980, chap. 453, art. 2(1), 3(4) — Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92 — Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 — Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 7, 15, 27, 32.

Quatre détaillants ontariens ont été accusés en 1983 d'avoir omis de s'assurer qu'aucune marchandise n'était vendue ou offerte en vente au détail un dimanche, contrairement à la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*. Les affaires ont été jugées à des moments différents, par des juges de la Cour des infractions provinciales. Edwards, Longo et Magder ont eu gain de cause en cette cour, mais ils ont été déboutés par la Cour d'appel des infractions provinciales et la Cour d'appel de l'Ontario. Dans leurs pourvois devant cette Cour, ils contestent la constitutionnalité de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*. Peu ou pas d'éléments de preuve ont été présentés concernant les croyances religieuses des employés ou des clients. Nortown, un magasin d'alimentation cascher appartenant à des hommes d'affaires juifs, a violé la Loi en ce que le nombre d'employés au service du public dépassait le maximum autorisé par l'exemption prévue au par. 3(4). Aux termes du par. 3(4), peuvent ouvrir le dimanche les commerces qui ont été fermés le samedi précédent, qui n'emploient que sept personnes ou moins pour servir le public et qui utilisent à cette fin une superficie inférieure à 5 000 pieds carrés. Nortown a été déboutée par les deux premières juridictions, mais elle a eu gain de cause en Cour d'appel. En réponse au pourvoi de Sa Majesté, Nortown met en question, pour des raisons d'ordre constitutionnel, l'applicabilité de la Loi à son commerce particulier.

Les questions constitutionnelles formulées par la Cour sont les suivantes: (1) La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* relève-t-elle de la compétence législative de la province? (2) Y a-t-il eu violation de l'un ou l'autre des art. 2, 7 et 15 de la *Charte*? Et (3) dans

ment of these rights could be justified by s. 1 of the *Charter*.

Held (Wilson J. dissenting in part): The *Retail Business Holidays Act* is upheld.

Held: The appeal of Edwards Books and Art Limited should be dismissed.

Held (Wilson J. dissenting): The Crown appeal against Nortown Foods Limited should be allowed and respondent convicted.

Held: The appeal of Longo Brothers Fruit Markets Limited, Thomas Longo, Joseph Longo, carrying on business as Longo Brothers Fruit Market should be dismissed.

Held: The appeal of Paul Magder should be dismissed.

Per Dickson C.J. and Chouinard and Le Dain JJ.: The *Retail Business Holidays Act* and the exemption found in s. 3(4) are within provincial legislative competence under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. Although the Act abridges the freedom of religion of some Saturday-observers, it is justifiable as a reasonable limit under s. 1 of the *Charter*. Accordingly, the Act is upheld.

The Act was not a surreptitious attempt to encourage religious worship but rather was enacted for the secular purpose of providing uniform holidays for retail workers. The title and text of the Act, the legislative debates and the *Report on Sunday Observance Legislation* all point to its secular purposes. Although the exemption in s. 3(4) was inspired by concerns about the effect of the Act on Saturday observers, not all religious matters fall within exclusive federal competence. Legislation concerning religion or religious freedom ought to be characterized in light of its context, according to the particular religious matter upon which the legislation is focussed. It is open to a provincial legislature to attempt to neutralize or minimize the adverse effects of otherwise valid provincial legislation on human rights such as freedom of religion. The exemption in s. 3(4), merely subtracted a duty imposed elsewhere in the Act. Neither the Act, nor the exemption, is *ultra vires* the province.

All coercive burdens on religious practice, be they direct or indirect, intentional or unintentional, foreseeable or unforeseeable, are potentially within the ambit of s. 2(*a*). A more restrictive interpretation would be

quelle mesure une atteinte à ces droits peut-elle être justifiée par l'article premier de la *Charte*?

Arrêt (le juge Wilson est dissidente en partie): La validité de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* est confirmée.

Arrêt: Le pourvoi formé par Edwards Books and Art Limited est rejeté.

Arrêt (le juge Wilson est dissidente): Le pourvoi formé par Sa Majesté contre Nortown Foods Limited est accueilli et l'intimée reconnue coupable.

Arrêt: Le pourvoi formé par Longo Brothers Fruit Markets Limited, Thomas Longo, Joseph Longo, faisant affaire sous la raison sociale de Longo Brothers Fruit Market, est rejeté.

Arrêt: Le pourvoi formé par Paul Magder est rejeté.

Le juge en chef Dickson et les juges Chouinard et Le Dain: La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* et l'exemption prévue à son par. 3(4) relèvent de la compétence législative que possède la province en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. Bien que la Loi porte atteinte à la liberté de religion de certaines personnes qui observent le samedi, elle est justifiable en ce qu'elle constitue une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*. Par conséquent, la validité de la Loi est confirmée.

La Loi ne constitue pas une tentative subreptice d'encourager le culte, mais elle a plutôt été adoptée dans le but d'ordre laïque d'accorder des jours de congé uniformes aux salariés du commerce de détail. Le titre et le texte de la Loi, les débats de l'Assemblée législative et le *Report on Sunday Observance Legislation* font tous ressortir ses objets d'ordre laïque. Certes l'exemption prévue au par. 3(4) est le fruit de préoccupations au sujet de l'effet de la Loi sur les gens qui observent le samedi, ce ne sont pas toutes les questions d'ordre religieux qui relèvent de la compétence exclusive du Parlement fédéral. Une loi portant sur la religion ou la liberté religieuse devrait être qualifiée en fonction de son contexte, selon la question religieuse particulière qu'elle vise. Il est loisible à une législature provinciale de tenter de neutraliser ou de minimiser les effets préjudiciables qu'a une mesure législative par ailleurs valide sur les droits de la personne comme la liberté de religion. L'exemption du par. 3(4) ne fait que supprimer une obligation imposée ailleurs dans la Loi. Ni la Loi ni l'exemption n'excèdent la compétence de la province.

Toute entrave coercitive à la pratique religieuse, qu'elle soit directe ou indirecte, délibérée ou involontaire, prévisible ou imprévisible, relève potentiellement de l'al. 2*a*). Une interprétation plus restrictive serait

inconsistent with the Court's decision in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* and with the Court's obligation under s. 27 of the *Charter* to preserve and enhance the multicultural heritage of Canadians. This does not mean that every burden on religious practices is offensive to the constitutional guarantee of freedom of religion. Legislative or administrative action which increases the cost of practising or otherwise manifesting religious beliefs is not prohibited if the burden is trivial or insubstantial.

The impact of the Act is that it significantly infringes on the freedom of Saturday observers to manifest or practise religious beliefs. Exemptions aside, the Act imposes on the Saturday observing retailer the disadvantage of being closed an extra day relative to the Sunday observer. The competitive pressure on non-exempt retailers to abandon the observance of a Saturday Sabbath is not insubstantial or trivial. The Act also burdens Saturday observing consumers in that it circumscribes their shopping or their seeking of professional services, and for the purposes of these appeals it will be assumed that the burden is substantial enough to constitute an abridgment of their religious freedom.

The Act had no negative impact on the rights of Sunday observers. The evidence was not satisfactory as to its impact on faiths observing weekly holidays other than Saturday or Sunday, and accordingly whether the Act infringes the freedom of religion of adherents to such faiths is a question which ought not to be answered in the present appeals. The impact on retailers who do not observe any weekly religious holiday was generally secular in nature and, absent convincing evidence that the desire to remain open was motivated by dissentient religious purposes rather than purely business considerations, did not impair or abridge their freedom of conscience or religion.

The limitations on the freedom of religion of Saturday observers imposed by the *Retail Business Holidays Act* met the requirements necessary to establish them as reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. Firstly, the Act when viewed in the context of a fast-growing trend to wide-scale store openings was aimed at a pressing and substantial concern and the objective it was designed to promote was sufficompatible avec l'arrêt de cette Cour *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* et avec l'obligation qui lui incombe, en vertu de l'art. 27 de la *Charte*, de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. Cela ne veut pas dire que toute entrave à certaines pratiques religieuses porte atteinte à la liberté de religion garantie par la Constitution. L'action législative ou administrative qui accroît le coût de la pratique ou de quelque autre manifestation des croyances religieuses n'est pas interdite si le fardeau ainsi imposé est négligeable ou insignifiant.

La Loi a pour effet de porter atteinte sensiblement à la liberté qu'ont les personnes qui observent le samedi de manifester leurs croyances religieuses ou de les mettre en pratique. Toute exemption mise à part, la Loi place le détaillant qui observe le samedi dans une situation de désavantage en l'obligeant à fermer un jour de plus que celui qui observe le dimanche. La pression de la concurrence exercée sur les détaillants non exemptés, pour qu'ils cessent d'observer le samedi comme jour de sabbat, n'est pas sans importance ni négligeable. La Loi impose aussi un fardeau aux consommateurs qui observent le samedi, en circonscrivant la possibilité qu'ils ont de faire leurs courses ou d'obtenir certains services professionnels et, pour les fins des présents pourvois, il est présumé que ce fardeau est suffisamment lourd pour constituer une restriction à leur liberté religieuse.

La Loi n'a pas de répercussions négatives sur les droits de ceux qui observent le dimanche. Aucune preuve satisfaisante n'a été soumise au sujet de ses répercussions sur les membres des confessions qui observent des jours de repos hebdomadaires autres que le samedi et le dimanche, et, par conséquent, la question de savoir si la Loi enfreint la liberté de religion des adeptes de ces confessions est une question à laquelle on devrait s'abstenir de répondre dans les présents pourvois. Les effets sur les détaillants qui n'observent aucun jour de repos religieux hebdomadaire sont, en général, de nature laïque et, en l'absence d'éléments de preuve concluants que la volonté de demeurer ouvert a été animée par des objectifs de dissidence religieuse plutôt que par des considérations purement commerciales, ces effets ne portent pas atteinte à leur liberté de conscience ou de religion.

Les restrictions apportées à la liberté de religion des personnes qui observent le samedi par la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* satisfont aux exigences nécessaires pour établir qu'elles sont raisonnables et que leur justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique. En premier lieu, si on la considère dans le contexte d'une tendance, qui croît rapidement, à l'ouverture à grande échelle des

ficiently important to warrant overriding a constitutional right. The desirability of enabling parents to have regular days off from work in common with their child's day off from school, and with a day off enjoyed by most other family and community members is self-evident.

Secondly, the legislation was appropriate to its ends and carefully designed to achieve its purposes. The exemption in s. 3(4) has the effect of very substantially reducing the impact of the Act on those religious groups for whom Saturday is a Sabbath. Although there might exist other alternative schemes to minimize the effect of the Act on the religious freedom of Saturday observers, no scheme provides complete relief for the class of Saturday observers as a whole. Moreover, the legislature cannot be faulted for limiting the availability of the s. 3(4) exemption to stores with more than seven employees working on a Sunday. The legislature has weighed the interests of more than seven vulnerable employees in securing a common day of rest against the interests of their employer in transacting business on a Sunday. Although it is incumbent on a legislature which enacts Sunday closing laws to attempt very seriously to alleviate the effects of those laws on Saturday observers, there is a point at which the large size of a retail business makes permissible a legislative decision to favour the employees' interests over those of the store owner. A serious effort has been made by the Ontario legislature to accommodate the freedom of religion of Saturday observers, in so far as that is possible, without undue damage to the scope and quality of the pause day objective.

The application of a "constitutional exemption", which might be granted to particular individuals whose religious freedom was affected by otherwise valid legislation, did not need to be considered here, since the limitation on the freedom of religion of Saturday observers has been addressed by means of a statutory exemption which is justifiable under s. 1.

The legislation did not offend s. 7 of the *Charter*. "Liberty" in that section is not synonymous with unconstrained freedom. "Liberty", whatever be its precise contours, does not extend to an unconstrained right to transact business whenever one wishes. It was not necessary to consider arguments based on the right to equality before the law because s. 15 of the *Charter* was not in force at the time of the store openings or convictions involved here.

commerces, la Loi a pour objet de répondre à une préoccupation urgente et réelle et l'objectif qu'elle vise à promouvoir est suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il est évident en soi qu'il est souhaitable de permettre aux parents d'avoir régulièrement, avec leurs enfants, eux-mêmes en congé scolaire, des jours de congé dont jouissent également la plupart des autres familles et des autres membres de la collectivité.

En second lieu, la Loi est appropriée à ses fins et soigneusement conçue pour atteindre ses objectifs. L'exemption prévue au par. 3(4) a pour effet d'atténuer fort sensiblement les répercussions de la Loi sur les groupes religieux dont le jour de sabbat est le samedi. Bien qu'il puisse exister d'autres régimes qui réduisent les effets de la Loi sur la liberté religieuse de ceux qui observent le samedi, aucun régime ne procure un redressement complet à l'ensemble des personnes qui observent le samedi. De plus, le législateur ne saurait être blâmé de ne permettre qu'aux commerces qui ne comptent tout au plus que sept employés le dimanche de se prévaloir de l'exemption du par. 3(4). Le législateur a soupesé l'intérêt de plus de sept salariés vulnérables à jouir d'un jour commun de repos et l'intérêt qu'a leur employeur à faire des affaires le dimanche. Bien qu'il incombe au législateur qui adopte une loi de fermeture le dimanche de tenter très sérieusement d'atténuer ses effets sur ceux qui observent le samedi, il arrive un moment où la taille d'un commerce de détail fait qu'il est acceptable que le législateur décide d'accorder la préférence aux intérêts des salariés plutôt qu'à ceux du propriétaire du magasin. Le législateur ontarien a fait un effort sérieux pour composer avec la liberté de religion de ceux qui observent le samedi, dans la mesure où cela était possible, sans préjudicier indûment à la portée et à la qualité de l'objectif consistant à avoir un jour de repos.

L'application d'une «exemption constitutionnelle», qui pourrait être accordée à certaines personnes dont la liberté de religion est atteinte par une loi par ailleurs valide, n'a pas à être considérée en l'espèce puisque la restriction apportée à la liberté religieuse de ceux qui observent le samedi a fait l'objet d'une exemption légale qui est justifiable en vertu de l'article premier.

La Loi n'enfreint pas l'art. 7 de la *Charte*. Le terme «liberté» dans cet article n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte. Le terme «liberté», quel qu'en soit le sens précis, ne va pas jusqu'à s'entendre d'un droit illimité de faire des affaires toutes les fois qu'on le veut. Il n'est pas nécessaire d'examiner les moyens fondés sur le droit à l'égalité devant la loi, puisque l'art. 15 de la *Charte* n'était pas en vigueur à l'époque où les magasins ont été ouverts ni à celle où les déclarations de culpabilité en cause ont été prononcées.

Per Beetz and McIntyre JJ.: The *Retail Business Holidays Act* is *intra vires* the province. It does not contravene s. 7 of the *Charter* and s. 15, as it did not have effect during the relevant time, was not applicable.

The impugned legislation does not violate the freedom of conscience and religion guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter* and is of full force and effect without any need to rely on s. 1 of the *Charter*. The economic burden experienced by Saturday observers exists independently of the impugned legislation and results from the deliberate choice of the Saturday observer to give priority to his religious tenets over financial benefit. A similar financial disadvantage would exist for Saturday observers if all Sunday observance laws were repealed and most stores were to stay open seven days a week. In consequence, this is not the kind of prejudice contemplated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.* where it was established that the coercion must come from the state in order to amount to a violation of s. 2(*a*) of the *Charter*.

There was no evidence as to the Act's impact on employees and there was too little evidence with respect to its effect on Saturday observing consumers to establish even a *prima facie* case.

Per La Forest J.: Section 2(*a*) of the *Charter* does not require the legislature to provide a Sabbatarian exemption in order to relieve those who worship on Saturday from the burden they may suffer because of the Act.

While s. 2(*a*) of the *Charter* protects the individual against both direct and indirect legislative coercion and while some might suffer an indirect burden from the *Retail Business Holidays Act* sufficient to constitute an infringement of religion, the Act is demonstrably justified as a reasonable limit prescribed by law under s. 1 of the *Charter*. The objective of the Act is of sufficient importance to warrant some intrusion on the freedom set forth in s. 2(*a*).

The Court will examine whether the means chosen by the legislature are proportionate to the ends sought to be achieved. However, in this context it must be recognized that if the legislative goal is to be achieved, it will be done to the detriment of some. In seeking to achieve a goal that is demonstrably justified in a free and democratic society, therefore, the legislature must be given room to manoeuvre. What is reasonable will vary with the context, regard being had to the nature of the

Les juges Beetz et McIntyre: La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* relève de la compétence de la province. Elle n'enfreint pas l'art. 7 de la *Charte*, et l'art. 15 ne s'applique pas puisqu'il n'était pas en vigueur à l'époque pertinente.

Le texte de loi en cause ne viole pas la liberté de conscience et de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte* et a plein effet sans qu'il soit nécessaire de s'appuyer sur l'article premier de la *Charte*. Le fardeau économique imposé à ceux qui observent le samedi existe indépendamment de la loi en cause et découle du choix délibéré de celui qui observe le samedi de faire primer les préceptes de sa religion sur ses profits financiers. Un désavantage semblable sur le plan financier existerait pour ceux qui observent le samedi si toutes les lois prescrivant l'observance du dimanche étaient abrogées et si la plupart des commerces devaient demeurer ouverts sept jours sur sept. Par conséquent, ce n'est pas le genre de préjudice qui est envisagé dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.* où il a été établi que la coercition doit émaner de l'État pour constituer une violation de l'al. 2*a*) de la *Charte*.

Aucune preuve n'a été soumise quant aux répercussions de la Loi sur les employés et il n'y avait pas assez d'éléments de preuve, quant à son effet sur les consommateurs qui observent le samedi, pour établir même une preuve *prima facie*.

Le juge La Forest: L'alinéa 2*a*) de la *Charte* n'oblige pas le législateur à prévoir une exemption sabbatique afin de décharger ceux qui s'adonnent au culte le samedi du fardeau que peut leur imposer la Loi.

Même si l'al. 2*a*) de la *Charte* protège l'individu de toute coercition législative directe et indirecte, et même si, pour certains, le fardeau indirect qui résulte de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* est suffisamment lourd pour constituer une atteinte à leur liberté de religion, la Loi constitue une limite raisonnable prévue par une règle de droit et dont la justification peut se démontrer en vertu de l'article premier de la *Charte*. L'objet de la Loi est d'une importance suffisante pour justifier un certain empiétement sur la liberté énoncée à l'al. 2*a*).

La Cour se demandera si les moyens choisis par le législateur sont proportionnés aux fins recherchées. Toutefois, dans le présent contexte, il faut reconnaître que si l'objectif du législateur doit être atteint, il ne pourra l'être qu'au détriment de certains. Donc, en cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre. Ce qui est raisonnable variera avec le contexte, en

interest infringed and the legislative scheme sought to be implemented. Here, exemptions for observers of days other than Sunday may substantially interfere with the workings of the Act and impose burdens on Sunday observers as well as creating inequalities. Absent unreasonableness or discrimination, the choices of having or of not having, and the nature of religious exemptions, are in essence legislative choices.

Per Wilson J. (dissenting in part): The *Retail Business Holidays Act* is *intra vires* the province because its purpose is to establish a common pause day for those employed in retail business. Section 2 of the statute, however, infringes the freedom of religion of those who close on Saturdays for religious reasons because it attaches an economic penalty to their religious observance. The limit imposed in s. 3(4) cannot be justified under s. 1 of the *Charter*.

A limit on freedom of religion which recognizes the freedom of some members of the group but not of other members of the same group cannot be reasonable and justified in a free and democratic society. The effect of the disparate treatment is that the religious freedom of some is respected by the legislation while the religious freedom of others continues to be violated. The *Charter*, when it protects group rights, protects the rights of all members of the group and not of just some members of the group because to do otherwise would introduce an invidious distinction into the group and sever the religious and cultural tie that binds them together. Section 27 of the *Charter*, which ties its interpretation to the preservation and enhancement of Canada's multicultural heritage, expressly precludes such an interpretation. In any event, much more compelling evidence than that adduced by the Crown would be required to establish that such disparate treatment was necessary in order to achieve the government objective of a common pause day. Section 3(4)(*a*) is a perfectly valid exemption from the operation of s. 2 because it recognizes and accommodates the s. 2(*a*) right protected by the *Charter* but paras. (*b*) and (*c*) impose a limit to that exemption which is neither reasonable nor justified in a free and democratic society. These paragraphs should be severed.

Only Nortown Foods Ltd. qualified for the exemption under s. 3(4)(*a*) in that it was closed on the Saturday preceding the laying of the charges against it.

fonction de la nature de l'intérêt brimé et du régime législatif qu'on veut implanter. En l'espèce, prévoir des exemptions pour ceux qui observent un jour autre que le dimanche peut faire substantiellement obstacle à la mise en œuvre de la Loi et imposer des fardeaux à ceux qui observent le dimanche tout en créant des inégalités. En l'absence de dispositions déraisonnables ou discriminatoires, le choix de prévoir ou non des exemptions religieuses et celui de la nature de ces exemptions demeure essentiellement le choix du législateur.

Le juge Wilson (dissidente en partie): La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* relève de la compétence de la province étant donné qu'elle a pour objet d'établir un jour commun de repos pour les salariés du commerce de détail. Toutefois, l'art. 2 de la Loi porte atteinte à la liberté de religion de ceux qui ferment leurs commerces le samedi pour des motifs religieux, étant donné qu'il a pour effet d'assortir leur observance religieuse d'une sanction économique. La limite imposée au par. 3(4) ne peut être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*.

Une limitation de la liberté de religion qui reconnaît la liberté de certains membres d'un groupe, mais non celle des autres membres du même groupe, ne peut être raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Cette disparité de traitement fait en sorte que la liberté de religion de certains est respectée par la Loi, alors que celle des autres continue d'être violée. Dans les cas où la *Charte* protège des droits collectifs, elle protège les droits de tous les membres d'un groupe et non pas seulement ceux de certains membres de ce groupe, sinon cela reviendrait à établir une distinction injuste au sein du groupe et à rompre les liens religieux et culturels qui en assurent la cohésion. Une telle interprétation est expressément interdite par l'art. 27 de la *Charte* qui lie l'interprétation de ce document au maintien et à la valorisation du patrimoine multiculturel du Canada. De toute manière, il faudrait des éléments de preuve beaucoup plus concluants pour établir que cette disparité de traitement est nécessaire pour réaliser l'objectif gouvernemental d'un jour commun de repos. L'alinéa 3(4)*a*) constitue une exemption parfaitement valide de l'application de l'art. 2 car il reconnaît, en composant avec lui, le droit que garantit la *Charte* à son al. 2*a*); mais les al. *b*) et *c*) fixent une limite à cette exemption qui n'est ni raisonnable ni justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. Ces alinéas doivent être dissociés.

Seule Nortown Foods Ltd. peut se prévaloir de l'exemption de l'al. 3(4)*a*), ayant fermé le samedi précédent son inculpation.

Cases Cited

By Dickson C.J.

Considered: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *In re Legislation Respecting Abstention from Labour on Sunday* (1905), 35 S.C.R. 581; *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961); *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961); **distinguished**: *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] S.C.R. 651; **referred to**: *R. v. Top Banana Ltd.* (1974), 4 O.R. (2d) 513; *Lieberman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 643; *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Ouimet v. Bazin* (1912), 46 S.C.R. 502; *Henry Birks & Sons (Montreal) Ltd. v. City of Montreal*, [1955] S.C.R. 799; *St. Prosper (La Corporation de la Paroisse de) v. Rodrigue* (1917), 56 S.C.R. 157; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] S.C.R. 1; *Clarke v. Wawken*, [1930] 2 D.L.R. 596; *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770; *R. v. Tamarac Foods Ltd.* (1978), 96 D.L.R. (3d) 678; *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] S.C.R. 383; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299; *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226; *Two Guys from Harrison-Allentown, Inc. v. McGinley*, 366 U.S. 582 (1961); *Gallagher v. Crown Kosher Super Market of Massachusetts, Inc.*, 366 U.S. 617 (1961); *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357; *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145; *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177; *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955); *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486.

By Beetz J.

Followed: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

By La Forest J.

Considered: *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961); **referred to**: *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295; *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103; *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961); *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117, affirming *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889; *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *State v. Gates*, 141 S.E.2d 369 (W. Va. 1965).

Jurisprudence

Citée par le juge en chef Dickson

Arrêts examinés: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *In re Legislation Respecting Abstention from Labour on Sunday* (1905), 35 R.C.S. 581; *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961); *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961); **distinction d'avec l'arrêt**: *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] R.C.S. 651; **arrêts mentionnés**: *R. v. Top Banana Ltd.* (1974), 4 O.R. (2d) 513; *Lieberman v. The Queen*, [1963] R.C.S. 643; *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524; *Ouimet v. Bazin* (1912), 46 R.C.S. 502; *Henry Birks & Sons (Montreal) Ltd. v. City of Montreal*, [1955] R.C.S. 799; *St. Prosper (La Corporation de la Paroisse de) v. Rodrigue* (1917), 56 R.C.S. 157; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326; *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, [1949] R.C.S. 1; *Clarke v. Wawken*, [1930] 2 D.L.R. 596; *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770; *R. v. Tamarac Foods Ltd.* (1978), 96 D.L.R. (3d) 678; *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383; *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299; *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226; *Two Guys from Harrison-Allentown, Inc. v. McGinley*, 366 U.S. 582 (1961); *Gallagher v. Crown Kosher Super Market of Massachusetts, Inc.*, 366 U.S. 617 (1961); *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357; *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145; *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177; *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955); *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486.

Citée par le juge Beetz

Arrêt suivi: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

Citée par le juge La Forest

Arrêt examiné: *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961); **arrêts mentionnés**: *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295; *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103; *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961); *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117, confirmant *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100; *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889; *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); *State v. Gates*, 141 S.E.2d 369 (W. Va. 1965).

By Wilson J.

Referred to: *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536; *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295.

Statutes and Regulations Cited

Act to Prevent the Profanation of the Lord's Day, in Upper Canada, C.S.U.C. 1859, c. 104.
Canadian Bill of Rights, R.S.C. 1970, App. III, s. 1(*c*).
Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(*a*), 7, 15, 24(1), 27, 32(2).
Commercial Establishments Business Hours Act, R.S.Q., c. H-2, s. 5.3.
Constitution Act, 1867, ss. 91, 92.
Constitution Act, 1982, s. 52.
Constitution of the United States of America, First Amendment.
Day of Rest Act, S.P.E.I. 1985, c. 12, s. 4(3).
Days of Rest Act, S.N.B. 1985, c. D-4.2, s. 7(1).
Holiday Shopping Regulation Act, S.B.C. 1980, c. 17.
Lord's Day Act, R.S.C. 1970, c. L-13.
Municipal Government Amendment Act, S.A. 1985, c. 43, s. 31, enacting s. 241.
Ontario Human Rights Code, S.O. 1961-62, c. 93.
Retail Business Holidays Act, R.S.O. 1980, c. 453, ss. 1(1), 2(1), (2), 3(1), (2), (3), (4), (6), (7), (8), 4, 4(*b*), (*c*), 7.
Retail Business Uniform Closing Day Act, S.N.S. 1985, c. 6.
Retail Businesses Holiday Closing Act, S.M. 1977, c. 26.
Shops Closing Act, S.N. 1977, c. 107.
Shops (Sunday Trading Restriction) Act, 1936, 26 Geo. 5 & 1 Edw. 8, c. 53.
Sunday Observance Act, R.S.Q. 1977, c. O-1.
Urban Municipality Act, 1984, S.S. 1983-84, c. U-11, s. 121, as am.
Weekly Rest in Industrial Undertakings Act, S.C. 1935, c. 14, s. 3.

Authors Cited

Canada. *Canada Year Book*, 1985. Ottawa: Minister of Supply and Services.
Canadian Encyclopedia, vols. 2 and 3. Edmonton: Hurtig Publishers.
Cihlar, Frank P., et al. "Church-State—State-Religious Institutions and Values: A Legal Survey—1964-66," 41 *Notre Dame Lawyer* 681 (1966).

Citée par le juge Wilson

Arrêts mentionnés: *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1947] A.C. 503; *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536; *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295.

Lois et règlements cités

Act to Prevent the Profanation of the Lord's Day, in Upper Canada, C.S.U.C. 1859, chap. 104.
Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2*a*), 7, 15, 24(1), 27, 32(2).
Constitution des États-Unis d'Amérique, Premier amendement.
Day of Rest Act, S.P.E.I. 1985, chap. 12, art. 4(3).
Déclaration canadienne des droits, S.R.C. 1970, app. III, art. 1*c*).
Holiday Shopping Regulation Act, S.B.C. 1980, chap. 17.
Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92.
Loi constitutionnelle de 1982, art. 52.
Loi sur l'observance du dimanche, L.R.Q. 1977, chap. O-1.
Loi sur le dimanche, S.R.C. 1970, chap. L-13.
Loi sur le repos hebdomadaire dans les établissements industriels, S.C. 1935, chap. 14, art. 3.
Loi sur les heures d'affaires des établissements commerciaux, L.R.Q., chap. H-2, art. 5.3.
Loi sur les jours de repos, L.N.-B. 1985, chap. D-4.2, art. 7(1).
Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail, L.R.O. 1980, chap. 453, art. 1(1), 2(1), (2), 3(1), (2), (3), (4), (6), (7), (8), 4, 4*b*), *c*), 7.
Municipal Government Amendment Act, S.A. 1985, chap. 43, art. 31, édictant l'art. 241.
Ontario Human Rights Code, S.O. 1961-62, chap. 93.
Retail Business Uniform Closing Day Act, S.N.S. 1985, chap. 6.
Retail Businesses Holiday Closing Act, S.M. 1977, chap. 26.
Shops Closing Act, S.N. 1977, chap. 107.
Shops (Sunday Trading Restriction) Act, 1936, 26 Geo. 5 & 1 Edw. 8, chap. 53.
Urban Municipality Act, 1984, S.S. 1983-84, chap. U-11, art. 121 tel que modifié.

Doctrine citée

Canada. *Annuaire du Canada*, 1985. Ottawa: Ministre des Approvisionnements et Services.
Canadian Encyclopedia, vols. 2 and 3. Edmonton: Hurtig Publishers.
Cihlar, Frank P., et al. «Church-State—State-Religious Institutions and Values: A Legal Survey—1964-66,» 41 *Notre Dame Lawyer* 681 (1966).

Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University, 1986.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Lempert, Richard O. and Stephen A. Saltzburg. *A Modern Approach to Evidence*. American Casebook Series. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1977.
New Encyclopedia Britannica, Macropedia, vol. 22, 15th ed. Chicago: Encyclopedia Britannica Inc., 1986.
Ontario. Law Reform Commission. *Report on Sunday Observance Legislation*. Toronto: Department of Justice, 1970.
Petter, Andrew. "Not 'Never on a Sunday': *R. v. Videoflicks Ltd. et al.*" (1984-85), 49 *Sask. Law Rev.* 96.
Rozéfort, Wallace. "Are Corporations Entitled to Freedom of Religion Under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?" (1986), 15 *Man. L.J.* 199.
Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2. Toronto: Carswells, 1978.
Spellman, Richard A. "A New Look at Sunday Closing Legislation," 45 *Nebraska Law Rev.* 775 (1966).
Strayer, Barry Lee. *The Canadian Constitution and The Courts*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Tarnopolsky, Walter Surma. "The Equality Rights". In *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary*. Walter Surma Tarnopolsky and Gérald-A. Beaudoin, eds. Toronto: Carswells, 1982.

APPEAL (*Edwards Books and Art Limited v. The Queen*) from a judgment of the Ontario Court of Appeal *sub nom. R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, 5 O.A.C. 1, 14 D.L.R. (4th) 10, 9 C.R.R. 193, 15 C.C.C. (3d) 353, dismissing an appeal from a judgment of Conant Co. Ct. J. (1984), 11 W.C.B. 375, entering conviction on appeal and allowing an appeal from a judgment of Charlton Prov. Offences Ct. J. dismissing the charges. Appeal dismissed.

APPEAL (*The Queen v. Nortown Foods Limited*) from a judgment of the Ontario Court of Appeal *sub nom. R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, 5 O.A.C. 1, 14 D.L.R. (4th) 10, 9 C.R.R. 193, 15 C.C.C. (3d) 353, allowing an appeal from a judgment of Kane Co. Ct. J. dismissing an appeal from conviction by Davidson Prov. Ct. J. Appeal allowed, Wilson J. dissenting.

APPEAL (*Longo Brothers Fruit Markets Limited, Thomas Longo, Joseph Longo, carrying on*

Dworkin, Ronald. *Law's Empire*. Cambridge, Mass.: Belknap Press of Harvard University, 1986.
Hogg, Peter W. *Constitutional Law of Canada*, 2nd ed. Toronto: Carswells, 1985.
Lempert, Richard O. and Stephen A. Saltzburg. *A Modern Approach to Evidence*. American Casebook Series. St. Paul, Minn.: West Publishing Co., 1977.
New Encyclopedia Britannica, Macropedia, vol. 22, 15th ed. Chicago: Encyclopedia Britannica Inc., 1986.
Ontario. Law Reform Commission. *Report on Sunday Observance Legislation*. Toronto: Department of Justice, 1970.
Petter, Andrew. «Not 'Never on a Sunday': *R. v. Videoflicks Ltd. et al.*» (1984-85), 49 *Sask. Law Rev.* 96.
Rozéfort, Wallace. «Are Corporations Entitled to Freedom of Religion Under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?» (1986), 15 *Man. L.J.* 199.
Schiff, Stanley A. *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2. Toronto: Carswells, 1978.
Spellman, Richard A. «A New Look at Sunday Closing Legislation,» 45 *Nebraska Law Rev.* 775 (1966).
Strayer, Barry Lee. *The Canadian Constitution and The Courts*, 2nd ed. Toronto: Butterworths, 1983.
Tarnopolsky, Walter Surma. «Les droits à l'égalité». Dans *Charte canadienne des droits et libertés*. Gérald-A. Beaudoin et Walter Surma Tarnopolsky, éd. Montréal: Wilson & Lafleur/Sorej, 1982.

POURVOI (*Edwards Books and Art Limited c. La Reine*) contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *sub nom. R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, 5 O.A.C. 1, 14 D.L.R. (4th) 10, 9 C.R.R. 193, 15 C.C.C. (3d) 353, qui a rejeté l'appel d'un jugement du juge Conant de la Cour de comté (1984), 11 W.C.B. 375, qui avait inscrit une déclaration de culpabilité et accueilli l'appel d'un jugement du juge Charlton de la Cour des infractions provinciales, qui avait rejeté les accusations. Pourvoi rejeté.

POURVOI (*La Reine c. Nortown Foods Limited*) contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *sub nom. R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, 5 O.A.C. 1, 14 D.L.R. (4th) 10, 9 C.R.R. 193, 15 C.C.C. (3d) 353, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Kane de la Cour de comté, qui avait rejeté l'appel d'une déclaration de culpabilité du juge Davidson de la Cour provinciale. Pourvoi accueilli, le juge Wilson est dissidente.

POURVOI (*Longo Brothers Fruit Markets Limited, Thomas Longo, Joseph Longo, faisant*

business as Longo Brothers Fruit Market v. The Queen) from a judgment of the Ontario Court of Appeal *sub nom. R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, 5 O.A.C. 1, 14 D.L.R. (4th) 10, 9 C.R.R. 193, 15 C.C.C. (3d) 353, allowing an appeal from a judgment of Latimer Prov. Offences Appeal Ct. J. entering conviction on appeal and allowing an appeal from a judgment of B. P. McDermott, Justice of the Peace, dismissing the charges. Appeal dismissed.

APPEAL (*Magder v. The Queen*) from a judgment of the Ontario Court of Appeal *sub nom. R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, 5 O.A.C. 1, 14 D.L.R. (4th) 10, 9 C.R.R. 193, 15 C.C.C. (3d) 353, allowing an appeal from a judgment of Davidson Co. Ct. J. (1984), 11 W.C.B. 374, entering conviction on appeal and allowing an appeal from a judgment of Harris Prov. Ct. J. Appeal dismissed.

John W. Brown, Q.C., and *Calvin S. Goldman*, for the appellant Edwards Books and Art Limited.

John A. Keefe and *Ted Saskin*, for the appellants Longo Brothers Fruit Markets Limited, Thomas Longo, Joseph Longo, carrying on business as Longo Brothers Fruit Market.

Tim Danson, for the appellant Paul Magder.

Bonnie Wein and *Elizabeth Goldberg*, for the appellant-respondent Her Majesty The Queen.

John J. Robinette, Q.C., for the respondent Nortown Foods Limited.

Graham R. Garton, for the intervener the Attorney General of Canada.

Réal A. Forest and *Pierre Jauvin*, for the intervener the Attorney General of Quebec.

Reinhold Endres and *Alison Scott*, for the intervener the Attorney General of Nova Scotia.

Bruce Judah, for the intervener the Attorney General for New Brunswick.

Brian F. Squair, Q.C., for the intervener the Attorney General of Manitoba.

affaire sous la raison sociale de Longo Brothers Fruit Market c. La Reine) contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *sub nom. R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, 5 O.A.C. 1, 14 D.L.R. (4th) 10, 9 C.R.R. 193, 15 C.C.C. (3d) 353, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Latimer de la Cour d'appel des infractions provinciales, qui avait inscrit une déclaration de culpabilité en appel et accueilli l'appel d'un jugement du juge de paix B. P. McDermott, qui avait rejeté les accusations. Pourvoi rejeté.

POURVOI (*Magder c. La Reine*) contre un arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario *sub nom. R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, 5 O.A.C. 1, 14 D.L.R. (4th) 10, 9 C.R.R. 193, 15 C.C.C. (3d) 353, qui a accueilli l'appel d'un jugement du juge Davidson de la Cour de comté (1984), 11 W.C.B. 374, qui avait inscrit une déclaration de culpabilité en appel et accueilli l'appel d'un jugement du juge Harris de la Cour provinciale. Pourvoi rejeté.

John W. Brown, c.r., et *Calvin S. Goldman*, pour l'appelante Edwards Books and Art Limited.

John A. Keefe et *Ted Saskin*, pour les appelants Longo Brothers Fruit Markets Limited, Thomas Longo, Joseph Longo, faisant affaire sous la raison sociale de Longo Brothers Fruit Market.

Tim Danson, pour l'appelant Paul Magder.

Bonnie Wein et *Elizabeth Goldberg*, pour l'appelante-intimée Sa Majesté La Reine.

John J. Robinette, c.r., pour l'intimée Nortown Foods Limited.

Graham R. Garton, pour l'intervenant le procureur général du Canada.

Réal A. Forest et *Pierre Jauvin*, pour l'intervenant le procureur général du Québec.

Reinhold Endres et *Alison Scott*, pour l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse.

Bruce Judah, pour l'intervenant le procureur général du Nouveau-Brunswick.

Brian F. Squair, c.r., pour l'intervenant le procureur général du Manitoba.

Joseph J. Arvay, for the intervener the Attorney General of British Columbia.

Robert J. Richards, for the intervener the Attorney General for Saskatchewan.

William Henkel, Q.C., for the intervener the Attorney General for Alberta.

Leslie R. Thoms, for the intervener the Attorney General of Newfoundland.

David B. Thomas, for the intervener the Ontario Conference Corporation of the Seventh-day Adventist Church.

The judgment of Dickson C.J. and Chouinard and Le Dain JJ. was delivered by

THE CHIEF JUSTICE—In this appeal the Court is called upon to consider the constitutional validity of Sunday closing legislation enacted by the Province of Ontario *sub nom. Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453. Four Ontario retailers were charged in 1983 with failing to ensure that no goods were sold or offered for sale by retail on a holiday, contrary to s. 2 of the *Retail Business Holidays Act*. Each of the retailers admits that his store was open for business on a Sunday. In the Ontario Court of Appeal, in a decision reported *sub nom. R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, three of the retailers, the appellants, Edwards Books and Art Ltd., Longo Brothers Fruit Markets Ltd. et al., and Paul Magder, were convicted. In their appeals to this Court they challenge the constitutional validity of the *Retail Business Holidays Act*. The fourth, the respondent Nortown Foods Ltd., was acquitted. In answer to a Crown appeal, Nortown Foods Ltd. questions on constitutional grounds the applicability of the Act to its particular business. Nortown Foods Ltd. asks to be exempted from the Act, saying that otherwise its freedom of religion, or that of its owners, would be violated.

The Attorneys General of each of the provinces except Prince Edward Island have intervened in support of Ontario. The Ontario Conference Cor-

Joseph J. Arvay, pour l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique.

Robert J. Richards, pour l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan.

William Henkel, c.r., pour l'intervenant le procureur général de l'Alberta.

Leslie R. Thoms, pour l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve.

David B. Thomas, pour l'intervenante l'Ontario Conference Corporation of the Seventh-day Adventist Church.

Version française du jugement du juge en chef Dickson et des juges Chouinard et Le Dain rendu par

LE JUGE EN CHEF—En l'espèce, la Cour est appelée à examiner la constitutionnalité d'une loi de fermeture le dimanche adoptée par la province de l'Ontario sous le titre de *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453. Quatre détaillants ontariens ont été accusés en 1983 d'avoir omis de s'assurer qu'aucune marchandise n'était vendue ou offerte en vente au détail un jour férié, contrairement à l'art. 2 de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*. Chacun des détaillants reconnaît que son magasin était ouvert un dimanche. En Cour d'appel de l'Ontario, dans un arrêt publié sous le titre de *R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, trois des détaillants, les appelants Edwards Books and Art Ltd., Longo Brothers Fruit Markets Ltd. et autres, et Paul Magder, ont été reconnus coupables. Dans leurs pourvois devant cette Cour, ils contestent la constitutionnalité de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*. Le quatrième, l'intimée Nortown Foods Ltd., a été acquitté. En réponse au pourvoi de Sa Majesté, Nortown Foods Ltd. met en question, pour des raisons d'ordre constitutionnel, l'applicabilité de la Loi à son commerce particulier. Nortown Foods Ltd. demande à être exemptée de l'application de la Loi sinon, affirme-t-elle, sa liberté de religion ou celle de ses propriétaires sera violée.

Les procureurs généraux de toutes les provinces, à l'exception de l'Île-du-Prince-Édouard, sont intervenus en faveur de l'Ontario. L'Ontario Con-

poration of the Seventh-day Adventist Church lends its voice to that of the retailers. The Attorney General of Canada has intervened to question the manner in which the Ontario Court of Appeal purported to apply s. 52 of the *Constitution Act, 1982* to acquit Nortown.

Counsel for the retailers and for the Seventh-day Adventist Church have variously selected arrows from a quiver of constitutional arguments against the *Retail Business Holidays Act*. Sections 2(*a*), 7 and 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and the distribution of powers under the *Constitution Act, 1867* have each been invoked by at least one of the retailers.

This Court had the opportunity to consider federally enacted Sunday-closing legislation in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. The majority of the Court in the *Big M Drug Mart Ltd.* case, while acknowledging the importance of the effects of legislation, relied on the predominantly religious purpose of the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, in finding that Act to be inconsistent with freedom of conscience and religion guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter*.

The present cases require a consideration of the effects of the *Retail Business Holidays Act* as well as its purpose or purposes.

I

The Constitutional Questions

The following constitutional questions were stated by the Court in these appeals:

1. Is the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, within the legislative powers of the Province of Ontario pursuant to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*?

2. Does the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453 or any part thereof, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(*a*), 7, and/or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, to what extent does it infringe or deny these rights?

3. If the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, or any part thereof, infringes or denies in any way

ference Corporation of the Seventh-day Adventist Church joint sa voix à celle des détaillants. Le procureur général du Canada est intervenu pour contester la manière dont la Cour d'appel de l'Ontario a apparemment appliqué l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982* pour acquitter Nortown.

Les avocats des détaillants et de l'Église adventiste du septième jour ont puisé dans tout un arsenal d'arguments constitutionnels pour s'opposer à la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*. L'alinéa 2*a*) et les art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et le partage des compétences en vertu de la *Loi constitutionnelle de 1867* ont chacun été invoqués par au moins un des détaillants.

Cette Cour a déjà eu l'occasion d'examiner une loi fédérale de fermeture le dimanche, dans l'affaire *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. La Cour à la majorité, dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, tout en reconnaissant l'importance des effets d'une loi, s'est fondée sur l'objet, avant tout religieux de la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, chap. L-13, pour conclure que celle-ci était incompatible avec la liberté de conscience et de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte*.

Les présentes affaires requièrent l'étude des effets de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* tout autant que de son objet ou de ses objets.

I

Les questions constitutionnelles

La Cour a, dans le cadre des présents pourvois, formulé les questions constitutionnelles suivantes:

1. La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453, relève-t-elle des pouvoirs législatifs que possède la province de l'Ontario conformément à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

2. La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453, porte-t-elle atteinte, en totalité ou en partie, aux droits et libertés garantis par l'un ou l'autre de l'al. 2*a*) et des art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, dans quelle mesure porte-t-elle atteinte à ces droits?

3. Si la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453, ou une partie de cette

ss. 2(*a*), 7 and/or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to what extent, if any, can such limits on the rights protected by these sections be justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and thereby rendered not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

II

The Legislation

The scheme of the *Retail Business Holidays Act* is simple. Section 1 defines "holiday" to include Sundays and various other days, including some days which are of special significance to Christian denominations, and some which are clearly secular in nature:

1.—(1) In this Act,

(*a*) "holiday" means,
(i) New Year's Day
(ii) Good Friday
(iii) Victoria Day
(iv) Dominion Day
(v) Labour Day
(vi) Thanksgiving Day
(vii) Christmas Day
(iii) Boxing Day
(ix) Sunday, and
(x) any other public holiday declared by proclamation of the Lieutenant Governor to be a holiday for the purposes of this Act;

Sections 2 and 7 make it an offence to carry on a retail business on a holiday, punishable by a maximum fine of $10,000:

2.—(1) Every person carrying on a retail business in a retail business establishment shall ensure that no member of the public is admitted thereto and no goods or services are sold or offered for sale therein by retail on a holiday.

(2) No person employed by or acting on behalf of a person carrying on a retail business in a retail business establishment shall,

(*a*) sell or offer for sale any goods or services therein by retail; or

(*b*) admit members of the public thereto

on a holiday.

loi, porte atteinte d'une manière quelconque à l'un ou l'autre de l'al. 2*a*) et des art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans quelle mesure ces restrictions aux droits garantis par ces dispositions peuvent-elles être justifiées par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, être compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

II

La Loi

L'économie de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* est simple. L'article 1 définit «jour férié» comme incluant le dimanche et divers autres jours, dont certains revêtent une importance particulière pour les confessions chrétiennes et d'autres sont de nature nettement laïque:

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

«jour férié» Comprend:
(i) le jour de l'An,
(ii) le Vendredi saint,
(iii) la fête de la Reine,
(iv) la fête du Canada,
(v) la fête du Travail,
(vi) le jour d'Action de grâce,
(vii) le jour de Noël,
(viii) le lendemain de Noël,
(ix) le dimanche,
(x) un autre jour que le lieutenant-gouverneur proclame jour férié pour l'application de la présente loi.

Aux termes des art. 2 et 7, quiconque ouvre un établissement de commerce de détail un jour férié commet une infraction punissable d'une amende maximale de 10 000 $:

2 (1) Le dirigeant d'un commerce de détail s'assure que, un jour férié, le public n'a pas accès à son établissement et qu'il ne s'y exerce ni vente ou mise en vente au détail de marchandises ni prestation ou offre de services.

(2) Il est interdit un jour férié à quiconque est à l'emploi du dirigeant d'un commerce de détail ou agit en son nom dans un établissement:

a) d'y vendre ou mettre en vente des marchandises au détail ou d'y rendre ou offrir des services;

b) d'en permettre l'accès au public.

7. Every person who contravenes section 2 is guilty of an offence and on conviction is liable to a fine of not more than $10,000.

Sections 3 and 4 contain a diverse array of exceptions. Most "corner store" operations are exempted by s. 3(1). Pharmacies, gas stations, flower stores, and, during the summer months, fresh fruit and vegetable stores or stands are excluded by s. 3(2) and (3). Section 3(6) exempts educational, recreational or amusement services. Prepared meals, laundromat services, boat and vehicle rentals and service are permitted under s. 3(7). Section 3(8) and s. 4 allow a municipality to create its own scheme of exemptions where necessary for the promotion of the tourist industry.

A particularly controversial exemption is contained in s. 3(4). It applies to businesses which, on Sundays, have seven or fewer employees engaged in the service of the public and less than 5,000 square feet used for such service. Its effect is to exempt these businesses from having to close on Sunday if they closed on the previous Saturday:

3.— . . .

(4) Section 2 does not apply in respect of the carrying on of a retail business in a retail business establishment on a Sunday where,

(*a*) the retail business establishment was closed to the public and no goods or services were sold or offered for sale therein during a period of twenty-four consecutive hours in the period of thirty-two hours immediately preceding the Sunday; and

(*b*) the number of persons engaged in the service of the public in the establishment on the Sunday does not at any time exceed seven; and

(*c*) the total area used for serving the public or for selling or displaying to the public in the establishment on the Sunday is less than 5,000 square feet.

III

The Facts

The four cases were tried by different judges of

7 Quiconque enfreint l'article 2 est coupable d'infraction et passible, sur déclaration de culpabilité, d'une amende d'au plus 10 000 $.

Les articles 3 et 4 énoncent divers genres d'exceptions. La plupart des commerces du genre «dépanneur» sont exemptés par le par. 3(1). Les pharmacies, les stations-service, les fleuristes et, durant l'été, les étalages et magasins de fruits et légumes frais sont exclus par les par. 3(2) et 3(3). Le paragraphe 3(6) établit une exemption pour les services éducatifs, récréatifs ou de divertissement. Les services de repas, les laveries ainsi que la location et l'entretien de bateaux et de véhicules sont autorisés en vertu du par. 3(7). Le paragraphe 3(8) et l'art. 4 autorisent une municipalité à créer son propre régime d'exemptions lorsque la promotion de l'industrie touristique l'exige.

Le paragraphe 3(4) établit une exemption particulièrement controversée. Il s'applique aux commerces qui, le dimanche, n'emploient que sept personnes ou moins pour servir le public et qui utilisent à cette fin une superficie inférieure à 5 000 pieds carrés. Il a pour effet de permettre à ces commerces d'ouvrir leurs portes le dimanche s'ils ont été fermés le samedi précédent:

3 . . .

(4) L'article 2 ne s'applique pas à l'établissement ouvert le dimanche si, ce jour-là:

a) l'établissement est fermé au public et il ne s'y pratique ni vente ou mise en vente de marchandises ni prestation ou offre de services pendant vingt-quatre heures consécutives au cours des trente-deux heures qui précèdent immédiatement le dimanche;

b) le nombre de personnes au service du public le dimanche n'est jamais supérieur à sept;

c) la superficie totale de l'endroit utilisé pour le service du public, la vente ou l'étalage ne dépasse pas 5 000 pieds carrés.

III

Les faits

Les quatre affaires ont été jugées à des moments

the Provincial Offences Court at different times. The facts in each of the cases are as follows.

Edwards Books and Art Ltd.

On Sunday, March 6, 1983, police officers observed the Edwards Books and Art Store in Toronto to be open for business and admitting the public. A sign posted outside the store read, "Open Sunday, 11 to 6". By consent, the facts were read into the record by Crown counsel and the only evidence on the record of the religious persuasion of the company's principals is contained in the following exchange in the trial court:

MR. ATKINSON [Crown Counsel]: . . . My understanding is that the principals of this company are of the Jewish faith and accordingly my understanding is that their Sabbath day would be on a Saturday. Can you confirm that, Mr. Scott?

MR. SCOTT [Defence Counsel]: Well, I can confirm that the owners may be. I haven't asked them lately.

There was no evidence at trial concerning the religious beliefs of the company's employees. Nor was there any evidence that the store's customers were predominantly of any particular faith.

Edwards Books and Art Ltd. did not close its store on Saturday, March 5, 1983.

Longo Brothers Fruit Markets Ltd., Tommy Longo and Joseph Longo

Tommy Longo is the President and Joseph Longo is the Secretary of Longo Brothers Fruit Markets Ltd. The company operates a full service grocery store "akin to a Loblaws or a Dominion" in Oakville, Ontario.

The store was carrying on business, admitting the public, and selling goods, on Sunday, December 5, 1982 and Sunday, December 12, 1982. The

différents, par des juges différents de la Cour des infractions provinciales. Voici les faits de chaque espèce:

Edwards Books and Art Ltd.

Le dimanche 6 mars 1983, des agents de police ont constaté que le magasin Edwards Books and Art de Toronto était ouvert et que le public y avait accès. Une enseigne placée à l'extérieur du magasin se lisait: [TRADUCTION] «Ouvert le dimanche, de 11 h à 18 h». Avec le consentement des parties, ces faits, dont lecture a été faite par le substitut du procureur général, ont été versés au dossier. Le seul élément de preuve que l'on trouve au dossier concernant la confession religieuse des dirigeants de la compagnie est contenu dans l'échange de propos suivant intervenu devant le tribunal de première instance:

[TRADUCTION] Me ATKINSON [substitut du procureur général]: . . . Si je comprends bien, les dirigeants de cette compagnie sont de religion juive et, en conséquence, je crois comprendre que leur jour de sabbat est le samedi. Pouvez-vous me confirmer cela Me Scott?

Me SCOTT [avocat de la défense]: Eh bien! je puis confirmer qu'il se peut que ce soit le cas des propriétaires. Je ne leur ai pas posé la question dernièrement.

Aucune preuve n'a été soumise au procès concernant les croyances religieuses des employés de la compagnie. De même, on n'a soumis aucune preuve qu'une foi particulière était professée par un nombre prédominant des clients du magasin.

Edwards Books and Art Ltd. n'avait pas fermé son magasin le samedi 5 mars 1983.

Longo Brothers Fruit Markets Ltd., Tommy Longo et Joseph Longo

Tommy Longo et Joseph Longo sont respectivement président et secrétaire de Longo Brothers Fruit Markets Ltd. La compagnie exploite un supermarché [TRADUCTION] «semblable à un Loblaws ou à un Dominion», à Oakville en Ontario.

Le commerce a été ouvert au public et on y a fait la vente de marchandises les dimanches 5 et 12

store had not been closed on the preceding Saturdays.

There was no evidence regarding the religious beliefs of Tommy or Joseph Longo or of the owners, employees or customers of the store.

The defence called two witnesses, neither of them having any apparent connection with Longo's Fruit Market. The first, Mottle Goodbaum, ran a supermarket in Toronto which stayed open on Sundays. The supermarket specialized in Kosher foods and was supervised by an inspector from the Canadian Jewish Congress. In order to conform to Kosher requirements, the store had to close on the Jewish Sabbath and on other Jewish holidays. Mr. Goodbaum testified that eighty-five percent of the store's customers were Jewish. The store had, at one time, closed on Sundays. When it did, customers complained bitterly about their inability to shop properly, particularly on occasions when a Sunday fell between other Jewish religious holidays and/or other holidays defined by the Act. Mr. Goodbaum's evidence was that the store was too large to comply with paras. 3(4)(*b*) and (*c*).

The second defence witness was Bhulesh Lodhia, a jeweller carrying on business in the Gerrard India Bazaar in Toronto. The India Bazaar is a complex of stores operated by approximately forty-five businessmen of East Indian culture, including Hindus, Sikhs and Moslems. Mr. Lodhia said that most of his customers likewise were Hindus, Sikhs and Moslems. He testified that there were various Hindu holidays "which we observe. Not necessarily close because if we were to couple closing on our own religious days with the Christian holidays then we probably would be out of business". I will refer to other portions of Mr. Lodhia's testimony below.

Paul Magder

Paul Magder operates a retail fur store in Toronto as a sole proprietorship. Police officers

décembre 1982. Il n'avait pas été fermé les samedis précédents.

Aucune preuve n'a été soumise au sujet des croyances religieuses de Tommy ou de Joseph Longo, ou encore des propriétaires, employés ou clients du commerce.

La défense a cité deux témoins dont ni l'un ni l'autre n'avait quelque lien apparent avec le commerce des Longo. Le premier, Mottle Goodbaum, exploite à Toronto un supermarché qui reste ouvert le dimanche. Ce supermarché se spécialise dans la vente d'aliments cascher sous la supervision d'un inspecteur du Congrès juif canadien. Pour se conformer aux exigences dites cascher, l'épicerie doit être fermée lors du sabbat juif et lors des autres fêtes juives. Monsieur Goodbaum a témoigné que 85 pour cent des clients de son commerce sont juifs. Il y a eu une époque où il était fermé le dimanche. Les clients se plaignaient alors amèrement des difficultés qu'ils éprouvaient à faire leurs courses, particulièrement lorsque le dimanche était coincé entre d'autres jours fériés du calendrier juif ou quelque autre jour férié défini par la Loi. D'après le témoignage de M. Goodbaum, l'établissement commercial était trop gros pour être conforme aux exigences des al. 3(4)*b*) et *c*).

Le second témoin de la défense fut Bhulesh Lodhia, un bijoutier faisant affaire dans le Gerrard India Bazaar de Toronto. L'India Bazaar est un complexe commercial exploité par environ quarante-cinq hommes d'affaires originaires des Indes orientales, dont des hindous, des sikhs et des musulmans. Monsieur Lodhia a affirmé que la plupart de ses clients étaient aussi des hindous, des sikhs et des musulmans. Selon son témoignage, il y a diverses fêtes hindoues [TRADUCTION] «que nous observons, sans pour autant fermer, parce que si nous devions fermer, en plus des jours de fête chrétienne, les jours de nos fêtes religieuses, nous ferions probablement faillite». Je mentionnerai plus loin d'autres extraits du témoignage de M. Lodhia.

Paul Magder

Paul Magder exploite à Toronto un magasin de vente au détail de fourrures, dont il est le proprié-

observed that his store was open for business on Sunday, July 17, 1983, and that it had been open the preceding Saturday. In the window of the store were two "open" signs and the words, "Toronto's best known Sunday seller".

There was evidence at trial that Paul Magder's store was located within a tourist exemption area known as "Chinatown West" designated by the municipality of Metropolitan Toronto under s. 4 of the Act. The relevant by-laws of Metropolitan Toronto, which form part of the record, indicate, however, that furriers are not exempted from the Act. Mr. Magder's evidence was that many of his customers were American and that between twenty and fifty percent of his sales were on Sundays.

There was no evidence of the religious persuasion of Paul Magder's customers or employees, nor of his own religious beliefs, except for his assertion that, "I believe I have the freedom of conscience. If I wish to work on Sunday I have that right".

Nortown Foods Ltd.

Nortown Foods Ltd. is a corporation with two shareholders, both of the Jewish faith. It operates a grocery store specializing in the sale of fresh meats, poultry and groceries, primarily for a Jewish clientele. There was no evidence regarding the square footage of Nortown's store. Its products are Kosher and it has closed every Saturday and on other Jewish religious days for the twenty-two years of its existence. Two customers testified that they would not patronize the store if it were open on Saturdays.

On Sunday, January 16, 1983, Nortown Foods Ltd. was open for business. A police officer observed fifteen employees working in the establishment, of which nine (two more than the number permitted by s. 3(4)) were serving customtaire unique. Les policiers ont constaté que son magasin était ouvert le dimanche 17 juillet 1983 et qu'il avait été ouvert le samedi précédent. Dans la vitrine du magasin, il y avait deux enseignes sur lesquelles on pouvait lire les mots [TRADUCTION] «Ouvert» et «Le vendeur du dimanche le plus connu de Toronto».

Au procès, on a soumis en preuve que le magasin de Paul Magder est situé dans un secteur appelé «Chinatown West» où s'applique l'exemption relative à l'industrie touristique selon la désignation faite par la municipalité de la communauté urbaine de Toronto en vertu de l'art. 4 de la Loi. Les règlements pertinents de la communauté urbaine de Toronto, qui ont été versés au dossier, indiquent cependant que les fourreurs ne jouissent pas de l'exemption prévue par la Loi. Selon le témoignage de M. Magder, un bon nombre de ses clients sont américains et entre vingt pour cent et cinquante pour cent de ses ventes s'effectuent le dimanche.

Aucune preuve n'a été soumise quant à la confession religieuse des clients ou des employés de Paul Magder ni quant à ses propres croyances religieuses, si ce n'est qu'il a affirmé: [TRADUCTION] «Je crois jouir de la liberté de conscience; si je veux travailler le dimanche, j'ai le droit de le faire».

Nortown Foods Ltd.

Nortown Foods Ltd. est une compagnie appartenant à deux actionnaires, tous deux de religion juive. Elle exploite une épicerie spécialisée dans la vente de viande fraîche, de volailles et autres articles d'épicerie, destinés principalement à une clientèle juive. Aucune preuve n'a été soumise quant à la superficie du commerce de Nortown. Elle vend des produits cascher et elle a fermé tous les samedis et autres fêtes religieuses juives au cours de ses vingt-deux années d'existence. Deux de ses clients ont témoigné qu'ils n'achèteraient plus à ce magasin s'il ouvrait le samedi.

Le dimanche 16 janvier 1983, l'épicerie de Nortown Foods Ltd. était ouverte. Un agent de police a constaté que quinze employés travaillaient dans l'établissement, dont neuf (soit deux de plus que le nombre autorisé par le par. 3(4)) servaient les

ers. There was evidence from one of the company's principals that the store could not operate on Sundays if it were limited to seven employees. He also testified that Thursdays and Sundays were the two busiest days of the week and it would be detrimental for the business to close on Sundays. The trial judge asked the witness if he went to the synagogue every Saturday. He replied, "almost every Saturday".

There was no evidence regarding the religious beliefs of the company's directors or employees.

IV

Judgments Below

(A) Provincial Offences Court

Edwards Books and Art Ltd.

Charlton Prov. Offences Ct. J. dismissed the charge against Edwards Books and Art Ltd. relying on s. 2(*a*) of the *Charter*. He held that although it was constitutionally permissible for the Ontario Legislature to select a weekly pause day and that it was permissible for that day to be Sunday, the Act did not make adequate provision for those people who would select another day of rest or those who "want nothing to do with Sunday".

Longo Brothers Fruit Markets Ltd. et al.

Justice of the Peace McDermott concluded that the Act infringed the rights of persons of the Jewish faith under s. 2(*a*) and s. 27 of the *Charter*. He arrived at this conclusion by looking, in a general way, to the effects of the legislation. Accordingly, he dismissed the charges against the corporate and individual defendants.

Paul Magder

Harris Prov. Ct. J. acquitted Paul Magder. He held that in so far as the *Retail Business Holidays Act* concerned itself with Sundays, as distinct from the other named holidays, it was *ultra vires* the

clients. D'après le témoignage de l'un des dirigeants de la compagnie, le commerce ne pourrait pas être exploité le dimanche s'il devait se restreindre à sept employés. Il a également témoigné que le jeudi et le dimanche sont les jours de plus grande affluence de la semaine et que cela nuirait à leur commerce que de fermer le dimanche. Le juge de première instance a demandé au témoin s'il allait à la synagogue tous les samedis. Il a répondu: [TRADUCTION] «Presque tous les samedis».

Aucune preuve n'a été soumise quant aux croyances religieuses des administrateurs ou des employés de la compagnie.

IV

Les jugements des tribunaux d'instance inférieure

A) Cour des infractions provinciales

Edwards Books and Art Ltd.

Le juge Charlton de la Cour des infractions provinciales s'est fondé sur l'al. 2*a*) de la *Charte* pour rejeter l'accusation portée contre Edwards Books and Art Ltd. Il a jugé que, même s'il était constitutionnellement acceptable que la législature de l'Ontario choisisse un jour de repos hebdomadaire et qu'il était acceptable que ce jour soit le dimanche, la Loi ne comportait pas de dispositions adéquates pour ceux qui préféreraient choisir un autre jour de repos, ni pour ceux qui [TRADUCTION] «ne veulent rien savoir du dimanche».

Longo Brothers Fruit Markets Ltd. et autres

Le juge de paix McDermott a conclu que la Loi enfreignait les droits conférés aux personnes de religion juive par l'al. 2*a*) et l'art. 27 de la *Charte*. Il est arrivé à cette conclusion en considérant, de manière générale, les effets de la Loi. En conséquence, il a rejeté les accusations portées contre les personnes morales et physiques défenderesses.

Paul Magder

Le juge Harris de la Cour provinciale a acquitté Paul Magder. Il a jugé que dans la mesure où la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* s'intéressait au dimanche, par rapport aux autres

province as trenching upon the federal criminal law power.

Nortown Foods Ltd.

Nortown Foods Ltd. was convicted at trial by Davidson Prov. Ct. J. In his view, the Act created inconvenience for the defendant and the defendant's customers, but did not infringe their freedom of religion. He found that any penalty imposed by the Act on Jews was no different than the burden on members of any other religious group.

(B) Provincial Offences Appeal Court

Edwards Books and Art Ltd.

Conant Co. Ct. J. allowed the Crown appeal and convicted the defendant. He held that the purpose of the Act was secular and *intra vires*, there being no evidence that the Act was passed as part of a strategy to preserve the religious sanctity of Sundays. In disposing of the freedom of religion issue, Conant Co. Ct. J. relied on the decision of this Court in *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] S.C.R. 651, as authority for the proposition that extra economic sacrifice by persons whose religious day of rest is not Sunday cannot be seen as infringing their freedom to practice their own religion. In his view, the incidental effect of the Act on religious practices was too marginal to characterize the Act as relating to freedom of religion.

Longo Brothers Fruit Markets Ltd. et al.

Latimer Prov. Offences Appeal Ct. J. allowed the Crown appeal. He ruled that the inconvenience to customers and possible economic detriment to retailers were insufficient to constitute a violation of s. 2(*a*). In the alternative, he found the Act to be a reasonable limit on freedom of religion under s. 1. The distribution of powers was not argued.

jours fériés qu'elle désignait, elle était *ultra vires* de la province pour le motif qu'elle empiétait sur la compétence fédérale en matière de droit criminel.

Nortown Foods Ltd.

Nortown Foods Ltd. a été reconnue coupable en première instance par le juge Davidson de la Cour provinciale. À son avis, la Loi était une source d'inconvénients pour la défenderesse et ses clients, mais elle ne portait pas atteinte à leur liberté de religion. Il a jugé que les pénalités auxquelles la Loi assujettissait les juifs ne différaient aucunement du fardeau qu'elle imposait aux membres de tout autre groupe religieux.

B) Cour d'appel des infractions provinciales

Edwards Books and Art Ltd.

Le juge Conant de la Cour de comté a accueilli l'appel du ministère public et a reconnu la défenderesse coupable. Il a conclu que l'objet de la Loi était d'ordre laïque et *intra vires*, étant donné qu'il n'y avait aucune preuve que l'adoption de la Loi faisait partie d'une stratégie visant à préserver le caractère sacré du dimanche sur le plan religieux. Statuant sur la question de la liberté de religion, le juge Conant s'est appuyé sur l'arrêt de cette Cour *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, [1963] R.C.S. 651, pour dire que le sacrifice économique supplémentaire imposé à ceux dont le jour de repos religieux n'est pas le dimanche ne saurait être considéré comme une atteinte à leur liberté de pratiquer leur propre religion. À son avis, l'effet secondaire que la Loi a sur les pratiques religieuses est trop marginal pour pouvoir dire que la Loi touche à la liberté de religion.

Longo Brothers Fruit Markets Ltd. et autres

Le juge Latimer de la Cour d'appel des infractions provinciales a accueilli l'appel du ministère public. Il a statué que l'inconvénient causé aux clients et l'éventuel désavantage économique causé aux détaillants sont insuffisants pour constituer une violation de l'al. 2*a*). Subsidiairement, il a jugé que la Loi apporte une limite raisonnable à la liberté de religion en vertu de l'article premier. La question du partage des compétences n'a pas été débattue.

Paul Magder

Davidson Co. Ct. J. substituted a conviction for the acquittal in the court below, allowing the Crown appeal. In reaching the conclusion that the *Retail Business Holidays Act* was *intra vires* the province, he relied on *R. v. Top Banana Ltd.* (1974), 4 O.R. (2d) 513, in which *Lieberman v. The Queen*, [1963] S.C.R. 643, was applied.

Davidson Co. Ct. J. then turned to s. 2(*a*) of the *Charter*. In his view, a conclusion that the Act did not intrude upon federal legislative jurisdiction over the profanation of the Sabbath necessarily dictated that there was no infringement of freedom of religion.

Nortown Foods Ltd.

Kane Co. Ct. J. dismissed Nortown's appeal from conviction without written reasons.

(C) Ontario Court of Appeal

The Court of Appeal was concerned with eight appeals from convictions under the *Retail Business Holidays Act*. I will restrict my summary of the Court's decision to the reasons relating to the four appeals presented to this Court.

The appeals were heard by a panel consisting of Howland C.J.O., and Arnup, Martin, Robins and Tarnopolsky, JJ.A. The Court unanimously dismissed the appeal of Edwards Books and Art Ltd., Longo Brothers, and Paul Magder, and allowed the appeal of Nortown Foods Ltd. Tarnopolsky J.A. delivered the reasons of the Court.

The Court held that the legislative intent and purpose of the Act, manifested in its title and its substantive provisions, was to provide for certain holidays to some persons engaged in certain retail trades. The fact that most of the holidays designated in s. 1 of the Act had religious origins was not conclusive. Tarnopolsky J.A. said, at p. 409:

The inclusion of Sunday and other "holy" days is incidental to the main purpose, which is to provide for

Paul Magder

Le juge Davidson de la Cour de comté a substitué une déclaration de culpabilité à l'acquittement prononcé par la cour de première instance, faisant droit à l'appel du ministère public. Pour en arriver à la conclusion que la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* relève de la compétence de la province, il s'est fondé sur la décision *R. v. Top Banana Ltd.* (1974), 4 O.R. (2d) 513, dans laquelle l'arrêt *Lieberman v. The Queen*, [1963] R.C.S. 643, a été appliqué.

Le juge Davidson a ensuite examiné l'al. 2*a*) de la *Charte*. Selon lui, conclure que la Loi n'empiète pas sur la compétence législative fédérale relativement à la profanation du sabbat amène nécessairement à dire qu'il n'y a pas eu atteinte à la liberté de religion.

Nortown Foods Ltd.

Le juge Kane de la Cour de comté a rejeté l'appel interjeté par Nortown contre sa déclaration de culpabilité, sans donner de motifs écrits.

C) La Cour d'appel de l'Ontario

La Cour d'appel était saisie de huit appels de déclarations de culpabilité prononcées en vertu de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*. Je vais limiter mon résumé de l'arrêt de la Cour d'appel aux motifs qu'elle donne relativement aux quatre affaires dont nous sommes saisis.

C'est une formation composée du juge en chef Howland et des juges Arnup, Martin, Robins et Tarnopolsky qui a procédé à l'audition des appels. La cour, à l'unanimité, a rejeté les appels interjetés par Edwards Books and Art Ltd., Longo Brothers et Paul Magder, et a accueilli l'appel de Nortown Foods Ltd. Les motifs de la Cour d'appel ont été prononcés par le juge Tarnopolsky.

La cour a jugé que l'intention du législateur et l'objet de la Loi, qui ressortent de son titre et de ses dispositions de fond, sont d'accorder certains jours de congé à certaines personnes qui travaillent dans certains commerces de détail. Le fait que la plupart des jours fériés énumérés à l'art. 1 de la Loi aient une origine religieuse n'est pas concluant. Le juge Tarnopolsky affirme, à la p. 409:

[TRADUCTION] L'inclusion du dimanche et d'autres jours «sacrés» est accessoire à l'objet principal qui con-

holidays on days which are generally recognized as such in that they are days on which such institutions as schools, banks, government offices, courts, and most professional business and retail establishments are closed, whether by operation of the federal *Lord's Day Act* or other provincial legislation. Unlike the provincial statutes struck down on the basis of the criminal law power and reviewed earlier in this judgment, the *Retail Business Holidays Act* does not legislate forced religious adherence nor does it even make statements about the need to preserve and protect Sunday as a religious day. The various exceptions permitting certain businesses to remain open on Sundays strongly indicate that the Act is not concerned with preserving the "sanctity of the Lord's Day". The exceptions themselves are not drawn in a way that suggests deference to Sunday for religious reasons. For example, businesses are not required to remain closed until normal worshipping hours are over. In my view, although some of the prohibitions and exemptions provided for in the Act are religious in origin, they have been retained and developed as secular practices long after their religious significance has ended.

siste à accorder des congés les jours généralement reconnus comme tels, en ce qu'il s'agit de jours où les institutions comme les écoles, les banques, les bureaux du gouvernement, les tribunaux et la plupart des entreprises professionnelles et des établissements de vente au détail sont fermés, que ce soit en raison de la *Loi sur le dimanche* fédérale ou d'une autre loi provinciale. Contrairement aux lois provinciales qui ont été annulées compte tenu de la compétence en matière de droit criminel et qui ont déjà été examinées dans le présent arrêt, la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* n'impose pas l'adhésion à une religion et ne contient pas non plus de déclaration sur la nécessité de préserver et de protéger le dimanche comme jour de fête religieuse. Les diverses exceptions qui permettent à certains commerces de demeurer ouverts le dimanche sont une indication importante que la Loi ne cherche pas à préserver «le caractère sacré du jour du Seigneur». Les exceptions elles-mêmes n'ont pas été créées de manière à traduire une certaine déférence envers le dimanche pour des motifs religieux. Par exemple, les commerces ne sont pas obligés de demeurer fermés jusqu'à ce que les heures normales de prière soient écoulées. À mon avis, quoique certaines des interdictions et exemptions prévues par la Loi aient une origine religieuse, elles ont été conservées et ont évolué en tant que pratiques laïques longtemps après avoir perdu leur importance sur le plan religieux.

Tarnopolsky J.A. also referred to the Ontario Law Reform Commission's *Report on Sunday Observance Legislation* (1970), as accurately reflecting the Ontario legislature's intent in enacting the *Retail Business Holidays Act*. The Report, in his view, articulated secular objectives for the Act. The Court therefore concluded that the Act was within provincial legislative competence.

Le juge Tarnopolsky a dit aussi du Rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, intitulé *Report on Sunday Observance Legislation* (1970), qu'il traduisait exactement l'intention qu'avait le législateur ontarien en adoptant la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*. À son avis, ce Rapport énonce les objectifs laïques de la Loi. La cour a donc conclu que la Loi relevait de la compétence législative provinciale.

The Court rejected an alternative argument based on the application of the paramountcy principle to a purported conflict between the *Lord's Day Act* and the *Retail Business Holidays Act*. This Court's decision in *Big M Drug Mart Ltd.*, which was rendered after the Ontario Court of Appeal's decision in the present cases, makes it unnecessary to review Tarnopolsky J.A.'s analysis of the paramountcy argument. In *Big M Drug Mart Ltd.*, the federal *Lord's Day Act* was held to be of no force and effect. An unconstitutional statute cannot render provincial legislation inoperative under the paramountcy doctrine.

La cour a rejeté un argument subsidiaire fondé sur l'application du principe de la prépondérance au conflit qu'il semblerait y avoir entre la *Loi sur le dimanche* et la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*. L'arrêt de cette Cour *Big M Drug Mart Ltd.*, rendu après l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario dans les présentes affaires, fait qu'il est inutile d'examiner l'analyse qu'a faite le juge Tarnopolsky de l'argument de la prépondérance. Dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, la *Loi sur le dimanche* fédérale a été jugée inopérante. Une loi inconstitutionnelle ne saurait rendre inopérante une loi provinciale en vertu du principe de la prépondérance.

With respect to the *Charter* guarantee of freedom of religion and conscience, Tarnopolsky J.A. held that what was required was an assessment not just of the purpose of legislation, but also its effects. He repudiated the applicability of the narrow concept of freedom of religion embodied in *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, in which this Court interpreted s. 1(*c*) of the *Canadian Bill of Rights* as protecting only such freedom of religion as existed in Canada immediately before the enactment of the *Canadian Bill of Rights*. Tarnopolsky J.A. defined freedom of religion to include the freedom to manifest and practice one's religious beliefs. In these respects, Tarnopolsky J.A. anticipated conclusions which were reached by this Court in the *Big M Drug Mart Ltd.* case.

The Court of Appeal's analysis of the effects of the *Retail Business Holidays Act* led it to hold that the Act did not abridge the freedom of religion or conscience of those retailers who did not close their store for religious reasons on a day other than Sunday. For those who did close their establishments on another day to comply with their religious beliefs, however, the Act constituted a major inducement to suppress the practice of religion. For this second group, the Act made the observance of the Sabbath financially onerous. The Act thereby was held to infringe the freedom of religion of observers of a day other than Sunday.

The Court of Appeal was not prepared to strike down the entire statute on this account, however. Only those retailers who could demonstrate that their own sincerely held religious beliefs required them to observe a non-Sunday Sabbath were entitled to be relieved from compliance with the Act. Sincerity of belief could be ascertained by analogy to the inquiry pursued under labour relations legislation with respect to conscientious objection to trade union membership. On the evidence, the Court held, only Nortown Foods Ltd. qualified for constitutional relief from the Act. The Court did not expressly address the questions whether and in

Quant à la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte*, le juge Tarnopolsky a conclu que ce qui est nécessaire est une évaluation non seulement de l'objet de la Loi, mais aussi de ses effets. Il a rejeté la possibilité d'appliquer le concept étroit de la liberté de religion consacré par l'arrêt *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, où notre Cour a interprété l'al. 1*c*) de la *Déclaration canadienne des droits* comme ne protégeant que la liberté de religion qui existait au Canada immédiatement avant l'adoption de la *Déclaration canadienne des droits*. Le juge Tarnopolsky a défini la liberté de religion comme incluant la liberté de manifester et de mettre en pratique ses croyances religieuses. À cet égard, le juge Tarnopolsky a devancé les conclusions tirées par cette Cour dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*

L'analyse par la Cour d'appel des effets de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* l'a amenée à conclure que cette loi ne porte pas atteinte à la liberté de conscience ou de religion des détaillants qui ne ferment pas leur magasin pour des raisons religieuses un autre jour que le dimanche. Cependant, pour ceux qui ferment leur établissement un autre jour afin de se conformer à leurs croyances religieuses, la Loi constitue une incitation majeure à cesser la pratique de leur religion. Pour ce second groupe, la Loi rend l'observance du sabbat financièrement onéreuse. Il a donc été jugé que la Loi porte atteinte à la liberté de religion de ceux qui observent un jour de repos autre que le dimanche.

Cependant, la Cour d'appel n'était pas disposée à annuler toute la Loi pour cette raison. Seuls les détaillants qui pouvaient démontrer que leurs croyances religieuses sincères les obligeaient à observer un sabbat autre que le dimanche avaient le droit d'être exemptés de l'obligation de se conformer à la Loi. La sincérité de leurs croyances pouvait être établie à la manière de l'enquête effectuée en vertu de la législation en matière de relations de travail au sujet d'objections de conscience à la syndicalisation. La cour a conclu, d'après la preuve soumise, que seule Nortown Foods Ltd. pouvait bénéficier d'une exemption constitutionnelle de l'application de la Loi. La cour n'a pas expressément abordé les questions de

what circumstances a corporation could be deemed to maintain and practise religious beliefs.

The Court of Appeal considered the exemption in s. 3(4) of the Act to be inadequate:

> For one thing, it does not accommodate those whose sabbath is on a day other than a Saturday or Sunday, such as Friday, the sabbath observed by Muslims. For another, its limitation to seven employees makes a distinction which an enterprise like Nortown Foods Ltd. claims it cannot meet without seriously restricting its operation. The economic impact is only somewhat less severe than prohibition or being required to pay a special fee. [p. 428]

It held, further, that there was insufficient evidence from the Crown concerning the inconveniences that might result from permitting full Sabbatarian exemptions. Accordingly, the Act could not be justified under s. 1 of the *Charter*. The *Report on Sunday Observance Legislation* was not discussed in this context.

The Court's analysis of the remedial aspects of its decision is contained in the following passage:

> In accordance with s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982*, the Act "is inconsistent with the provisions of the Constitution" and is "to the extent of the inconsistency, of no force or effect". I have already held that the Act is inconsistent only to the extent that it does not provide for adequate religious exemptions. Otherwise s. 2 of the Act is valid in its application to all appellants who cannot make such a claim sincerely or genuinely. The only appellant to establish such a claim is Nortown Foods Ltd. It would appear with respect to Nortown, that the defect in the Act is not in s. 2, but in s. 3(4) in that that subsection does not provide for adequate religious exemption. However, to strike down s. 3(4) would leave s. 2 in operation and thus no exemption at all for religious minorities who do not observe Sunday as the sabbath. What is required is a redrafting of s. 3(4) to meet the requirements of the Charter. This is not the role of the judiciary: *R. v. Oakes* (1983), 40 O.R. (2d) 660, 2 C.C.C. (3d) 339, 145 D.L.R. (3d) 123. The criteria which a new exemption section must meet have been described. For the purposes of disposing of these appeals it is sufficient to hold that s. 2 of the Act is of no force or effect as concerns Nortown Foods Ltd. and so

savoir si une personne morale peut être réputée avoir des croyances religieuses et les observer, et dans quelles circonstances elle peut l'être.

La Cour d'appel a jugé inadéquate l'exemption du par. 3(4) de la Loi:

> [TRADUCTION] D'abord, elle n'est d'aucune utilité pour ceux dont le sabbat tombe un jour autre que le samedi ou le dimanche, comme le vendredi, le sabbat qu'observent les musulmans. Ensuite, la restriction à sept employés qu'elle prévoit établit une distinction qu'une entreprise comme Nortown Foods Limited ne peut, selon ce qu'elle prétend, respecter sans sérieusement restreindre ses activités. Les répercussions économiques sont à peine moins lourdes que l'interdiction ou l'obligation de payer une taxe spéciale. [à la p. 428]

Elle a jugé en outre que le ministère public n'avait pas présenté suffisamment d'éléments de preuve concernant les inconvénients qui pourraient résulter du fait d'autoriser des exemptions à l'égard de tous les sabbats. En conséquence, la Loi ne pouvait pas être justifiée en vertu de l'article premier de la *Charte*. Le *Report on Sunday Observance Legislation* n'a pas été analysé sous cet angle.

L'analyse par la cour des aspects réparateurs de son arrêt se trouve au passage suivant:

> [TRADUCTION] Aux termes du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982*, la loi est «rend[ue] inopérante» parce que ses «dispositions [sont] incompatibles» avec la «Constitution». J'ai déjà jugé qu'elle n'est incompatible que dans la mesure où elle ne prévoit pas d'exemptions religieuses adéquates. Par ailleurs, l'art. 2 de la Loi est valide quand il est appliqué à tous les appelants qui ne peuvent ni de bonne foi ni sincèrement faire valoir cela. Le seul appelant qui ait démontré qu'il peut s'en prévaloir est Nortown Foods Ltd. Il semble que, dans le cas de Nortown, la Loi ne pèche pas par son art. 2, mais bien par son par. 3(4) en ce que ce paragraphe ne prévoit pas d'exemption religieuse adéquate. Toutefois, en annulant le par. 3(4), l'art. 2 continuerait quand même de s'appliquer et ainsi il n'y aurait plus d'exemption pour les minorités religieuses qui n'observent pas le dimanche comme jour de sabbat. Ce qu'il faut, c'est récrire le par. 3(4) de manière à ce qu'il soit conforme aux exigences de la *Charte*. Ce n'est pas là le rôle du pouvoir judiciaire: *R. v. Oakes* (1983), 40 O.R. (2d) 660, 2 C.C.C. (3d) 339, 145 D.L.R. (3d) 123. Les critères auxquels doit satisfaire un nouvel article d'exemption ont été décrits. Pour statuer sur les présents

its appeal is allowed, the conviction is quashed and a verdict of acquittal is directed to be entered. With respect to all other appellants, their appeals are dismissed to the extent they are based on this ground. [p. 430]

In summary, Edwards, Longo and Magder won in the Provincial Offences Court but lost in the Provincial Offences Appeal Court and in the Ontario Court of Appeal. Nortown lost in the first two courts but won in the Court of Appeal.

V

The Distribution of Powers Under ss. 91-92 of the *Constitution Act, 1867*

I observe at the outset that counsel for Nortown was prepared to assume that the legislation was *intra vires* the province. Many of the arguments propounded by the appellant retailers in an effort to have this Court declare the Act *ultra vires* would also serve to impugn the legislation for the purposes of s. 2(*a*) of the *Charter*. For if the *Retail Business Holidays Act* were intended by the legislators to promote or prefer certain Christian faiths, it would not only be *ultra vires* but would also be inconsistent with the *Charter* guarantee of freedom of religion, for the reasons given by this Court in the *Big M Drug Mart Ltd.* case. First, however, I wish to deal with an argument of a different nature, which requires a careful assessment of the jurisprudence concerning the distribution of legislative authority in relation to Sunday-closing laws, so called.

(A) The Jurisprudence

In *Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 355, after concluding that the *Lord's Day Act* was within the federal criminal law power, the majority of the Court stated:

It should be noted, however, that this conclusion as to the federal Parliament's legislative competence to enact the *Lord's Day Act* depends on the identification of the purpose of the Act as compelling observance of Sunday by virtue of its religious significance. Were its purpose

appels, il suffit de dire que l'art. 2 de la Loi est inopérant dans le cas de Nortown Foods Ltd. Son appel est donc accueilli, la déclaration de culpabilité est annulée et ordre est donné d'inscrire un verdict d'acquittement. Quant à tous les autres appelants, leurs appels sont rejetés dans la mesure où ils sont fondés sur ce moyen. [à la p. 430]

En bref, Edwards, Longo et Magder ont eu gain de cause en Cour des infractions provinciales, mais ils ont été déboutés par la Cour d'appel des infractions provinciales et la Cour d'appel de l'Ontario. Nortown a été déboutée par les deux premières juridictions, mais a eu gain de cause en Cour d'appel.

V

Le partage des compétences en vertu des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*

Je souligne au départ que l'avocat de Nortown était prêt à présumer que la Loi relevait de la compétence de la province. Plusieurs des arguments avancés par les détaillants appelants pour tenter d'amener la Cour à déclarer la Loi *ultra vires* serviraient également à la contester au regard de l'al. 2*a*) de la *Charte*. En effet, si la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* traduisait la volonté du législateur de promouvoir ou de favoriser certaines confessions chrétiennes, elle serait non seulement *ultra vires*, mais elle serait aussi incompatible avec la liberté de religion garantie par la *Charte*, pour les motifs donnés par cette Cour dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* En premier lieu cependant, je tiens à examiner un argument de nature différente, qui requiert un examen attentif de la jurisprudence sur le partage de la compétence législative relativement aux lois dites de fermeture le dimanche.

A) La jurisprudence

Dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 355, après avoir conclu que la *Loi sur le dimanche* relève de la compétence fédérale en matière de droit criminel, la Cour à la majorité déclare ceci:

Cependant, il faut souligner que cette conclusion quant à la compétence législative du Parlement fédéral pour adopter la *Loi sur le dimanche* repose sur le fait que l'objet de la Loi a été identifié comme étant de rendre obligatoire l'observance du dimanche en raison

not religious but rather the secular goal of enforcing a uniform day of rest from labour, the Act would come under s. 92(13), property and civil rights in the province and, hence, fall under provincial rather than federal competence: *In the Matter of Legislative Jurisdiction Over Hours of Labour*, [1925] S.C.R. 505; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.).

Ritchie J. expressed a similar opinion in *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, at p. 657.

Paul Magder in effect urges the Court to reconsider what was said in *Big M Drug Mart Ltd.* and *Robertson and Rosetanni*. The Sunday-closing jurisprudence, he argues, discloses a principle that prohibitory legislation which dictates particular days when businesses must be closed is legislation in relation to public morals, and consequently is exclusively within the competence of Parliament under s. 91(27). Prohibitory legislation is to be distinguished, in his submission, from valid provincial or municipal regulatory legislation by the absence of any attempt to regulate the hours of closing of businesses on days other than Sunday. Provincial legislative jurisdiction over labour matters, including rest from labour, only extends to a specification of the amount of rest to which workers are entitled, but not to the naming of days when the rest shall be taken.

In my view, the argument is predicated on a fundametal misconception regarding the reasons for which the courts have generally held Sunday observance legislation to be a matter of "public morals".

In *Big M Drug Mart Ltd.* at pp. 319-28, the leading distribution of powers cases relating to Sunday-closing laws were reviewed. It would be otiose to review them again. It suffices to articulate two principles that emerge from the cases. First, profaning the Sabbath has historically been regarded as a criminal offence: *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C. 524, at p. 529 (see also the argument of counsel at pp. 527-28); *Ouimet v. Bazin* (1912),

de son importance sur le plan religieux. Si, par contre, la Loi avait non pas un objet religieux, mais pour objet laïque d'imposer à tous un même jour de repos, elle relèverait alors du par. 92(13) portant sur la propriété et les droits civils dans la province, et serait donc du ressort provincial plutôt que fédéral: *In the Matter of Legislative Jurisdiction Over Hours of Labour*, [1925] R.C.S. 505; *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario*, [1937] A.C. 326 (P.C.).

Le juge Ritchie a exprimé une opinion semblable dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni v. The Queen*, à la p. 657.

Paul Magder invite en fait la Cour à reconsidérer ce qui a été dit dans les arrêts *Big M Drug Mart Ltd.* et *Robertson and Rosetanni*. La jurisprudence relative à la fermeture le dimanche, soutient-il, a dégagé le principe selon lequel une loi d'interdiction qui prescrit certains jours particuliers de fermeture obligatoire des commerces est une loi relative à la moralité publique et relève donc exclusivement de la compétence du Parlement fédéral en vertu du par. 91(27). Selon lui, une loi d'interdiction se distingue d'un texte réglementaire provincial ou municipal valide, par l'absence de tentative de réglementer les heures de fermeture des commerces les jours autres que le dimanche. La compétence législative provinciale en matière de relations de travail, y compris le droit au repos, ne peut s'étendre qu'à la spécification de la durée du repos auquel les travailleurs ont droit et non à celle des jours où le repos doit être pris.

À mon avis, cet argument se fonde sur une erreur fondamentale quant aux motifs pour lesquels les tribunaux ont généralement jugé qu'une loi sur l'observance du dimanche était une affaire de «moralité publique».

Aux pages 319 à 328 de l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, on trouve un examen des arrêts de principe portant sur le partage des compétences relativement aux lois de fermeture le dimanche. Il ne servirait à rien de les examiner de nouveau. Il suffit d'énoncer les deux principes qui se dégagent de ces arrêts. Premièrement, la profanation du sabbat a historiquement été considérée comme une infraction criminelle: *Attorney-General for Ontario v. Hamilton Street Railway Co.*, [1903] A.C.

46 S.C.R. 502, at pp. 508 and 528-29; *Henry Birks & Sons (Montreal) Ltd. v. City of Montreal*, [1955] S.C.R. 799, at pp. 803, 813 and 820-22. Second, the criminal law characterization evolved from a societal perception, propagated by followers of the dominant religious groups, that it was morally repugnant to violate certain religious tenets. This second principle finds expression in the reasons of Idington J. in *St. Prosper (La Corporation de la Paroisse de) v. Rodrigue* (1917), 56 S.C.R. 157, at p. 160, in which he refers to the reasoning in *Ouimet v. Bazin*:

> ... I cannot read the several opinions which led to the decision without feeling that it was founded in truth upon the common notion of a peculiar sanctity found in the religious obligations to observe the day as one devoted to religious observances, which leads to viewing its desecration with such abhorrence as to constitute that something criminal in its nature and hence legislation relative thereto as criminal legislation.

The moral abhorrence which historically grounds the criminal characterization of Sunday observance legislation is entirely absent from legislation designed to implement a secular pause day concept.

In my view, the decision in the reference to this Court, *In re Legislation Respecting Abstention from Labour on Sunday* (1905), 35 S.C.R. 581, does not assist the appellants. There, the Court held that both the draft bill and the hypothetical legislation which were under review were designed to promote Sunday observance, notwithstanding the absence of an overt reference to the Lord's Day or profaning the Sabbath. Undoubtedly the Court was influenced by the fact that the reference was initiated so soon after the *Hamilton Street Railway* case (in which legislation of a very similar nature, albeit with express reference to profaning the Sabbath, was struck down) and by one of the constitutional questions submitted by the Province. The question indicated that the draft bill was advanced as a replacement for *An Act to Prevent*

524, à la p. 529 (voir aussi les plaidoiries des avocats, aux pp. 527 et 528); *Ouimet v. Bazin* (1912), 46 R.C.S. 502, aux pp. 508, 528 et 529; *Henry Birks & Sons (Montreal) Ltd. v. City of Montreal*, [1955] R.C.S. 799, aux pp. 803, 813 et 820 à 822. Deuxièmement, la qualification portant qu'il s'agit de droit criminel est le résultat d'une perception sociale, propagée par les fidèles des groupes religieux dominants, selon laquelle il était moralement répugnant de violer certains préceptes religieux. Ce second principe trouve son expression dans les motifs du juge Idington dans l'arrêt *St. Prosper (La Corporation de la Paroisse de) v. Rodrigue* (1917), 56 R.C.S. 157, à la p. 160, où il se réfère au raisonnement suivi dans l'arrêt *Ouimet v. Bazin*:

> [TRADUCTION] ... à la lecture des diverses opinions qui ont abouti à cet arrêt, je ne puis m'empêcher de penser qu'il repose en réalité sur la notion courante du caractère particulièrement sacré de l'obligation religieuse d'observer ce jour comme jour consacré aux observances religieuses, qui fait que l'on considère que sa profanation est répugnante au point de constituer quelque chose de criminel en soi et, par voie de conséquence, que toute loi y relative relève, de par sa nature, du droit criminel.

L'aversion morale sur laquelle se fonde historiquement la qualification portant que la législation sur l'observance du dimanche constitue du droit criminel n'existe absolument pas dans le cas d'une loi qui vise à mettre en œuvre la notion d'un jour de repos de caractère laïque.

À mon avis, l'arrêt de cette Cour, *In re Legislation Respecting Abstention from Labour on Sunday* (1905), 35 R.C.S. 581, n'est d'aucun secours aux appelants. Dans ce renvoi, la Cour a conclu que l'avant-projet de loi et la loi hypothétique qui faisaient l'objet de l'examen étaient tous les deux destinés à promouvoir l'observance du dimanche malgré l'absence de toute référence explicite au jour du Seigneur ou à la profanation du sabbat. Il ne fait pas de doute que la Cour a été influencée par le fait que le renvoi avait été adressé si peu de temps après l'arrêt *Hamilton Street Railway* (dans lequel on avait annulé une loi très semblable, qui mentionnait toutefois expressément la profanation du sabbat) et par l'une des questions constitutionnelles soumises par la province. Cette question indiquait que l'avant-projet de loi

the Profanation of the Lord's Day, in Upper Canada, C.S.U.C. 1859, c. 104. Furthermore, the draft bill not only prohibited business activities but also the shooting of guns, the playing of games or contests for prizes and the opening of parks and pleasure grounds for an admission fee. These prohibitions, which stand in marked contrast to s. 3(6) of the *Retail Business Holidays Act*, provide a strong indication that the draft bill was not so much designed to provide a uniform day of rest and recreation for workers, as it was to enforce the prevailing religious ideal of appropriate Sunday behaviour.

I am, therefore, unable to extract from this reference any legal principle dictating that pause day legislation is inherently legislation in respect of "public morals". Nor, incidentally, can I extract a rule of law that a province's selection of Sunday as a common pause day must inevitably be held to be a colourable attempt to enforce majoritarian religious beliefs. Indeed, such principles would be in conflict with *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* (The Labour Conventions Case), [1937] A.C. 326 (P.C.), in which the judgment of the Judicial Committee expressly proceeded on the understanding that the *Weekly Rest in Industrial Undertakings Act*, S.C. 1935, c. 14, was legislation in respect of property and civil rights. Section 3 of that Act required industrial employers to grant at least one day of rest to employees, and wherever possible, the rest period was to be on a Sunday. If such legislation is within provincial jurisdiction, as the Judicial Committee accepted, then the propositions advanced by counsel for Paul Magder must be rejected. The protection of workers from pressure to work on a day when their children are out of school, their friends and relatives are available for visits, and their community is geared to social, sporting and recreational activities is not, in my opinion, a criminal law objective. If a primary purpose of the legislative enactment of a pause day is to benefit workers in these respects, the legislation is properly charac-

était destiné à remplacer *An Act to Prevent the Profanation of the Lord's Day, in Upper Canada*, C.S.U.C. 1859, chap. 104. De plus, l'avant-projet de loi interdisait non seulement toute activité commerciale, mais aussi le tir au fusil, les jeux ou concours assortis de prix et l'ouverture payante des parcs et des terrains d'amusement. Ces interdictions, qui sont en contraste marquant avec le par. 3(6) de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, montrent bien que l'avant-projet de loi ne visait pas tant à accorder un jour uniforme de repos et de loisir aux travailleurs, qu'à imposer un comportement que l'idéal religieux prédominant jugeait approprié pour le dimanche.

Je suis donc incapable de dégager de ce renvoi quelque principe juridique portant que toute loi sur un jour de repos est intrinsèquement une loi relative à la «moralité publique». D'ailleurs, je suis également incapable de dégager une règle de droit portant que le choix par une province du dimanche comme jour commun de repos doit inévitablement être considéré comme une tentative déguisée de faire respecter les croyances religieuses de la majorité. En fait, de tels principes seraient incompatibles avec l'arrêt *Attorney-General for Canada v. Attorney-General for Ontario* (l'affaire des conventions de travail), [1937] A.C. 326 (C.P.), dans lequel, les lords se sont expressément fondés sur la prémisse que la *Loi sur le repos hebdomadaire dans les établissements industriels*, S.C. 1935, chap. 14, était une loi relative à la propriété et aux droits civils. L'article 3 de cette loi obligeait les patrons d'industrie à accorder à leurs employés au moins un jour de repos qui, autant que possible, devait être le dimanche. Si une telle loi est de compétence provinciale, comme le Comité judiciaire l'a accepté, alors les arguments avancés par l'avocat de Paul Magder doivent être rejetés. La protection des travailleurs contre toute pression visant à les forcer à travailler un jour où leurs enfants ne vont pas à l'école, où leurs amis et leurs parents peuvent leur rendre visite et où la société dans laquelle ils vivent s'adonne à des activités sociales, sportives et récréatives ne constitue pas, à mon avis, un objectif de droit criminel. Si l'objet premier d'un texte législatif ordonnant un jour de repos est de procurer aux travailleurs des avantages à ces égards, c'est à bon droit qu'on le qualifie

terized as relating to property and civil rights within the province.

Since the *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act*, (The Margarine Reference), [1949] S.C.R. 1 at p. 50, it is trite law that not all prohibitory legislation is criminal in nature. Nevertheless, counsel referred to several Sunday closing cases, particularly the *Henry Birks* case and *Clarke v. Wawken*, [1930] 2 D.L.R. 596 (Sask. C.A.), in which an absence of a complete regulatory scheme extending to business closing hours on days other than Sunday was apparently an important factor in holding the legislation unconstitutional. It was submitted that in *Lieberman v. The Queen*, this Court upheld a municipal by-law prohibiting the opening of pool halls and bowling alleys on Sundays precisely because the by-law did regulate the hours of business on days other than Sunday. All these cases, however, concerned municipal by-laws or their enabling legislation. The definition of the boundary between the regulation of local matters and criminal law has often proven difficult: contrast, for example, the views of the majority and minority in *Attorney General for Canada and Dupond v. City of Montreal*, [1978] 2 S.C.R. 770. The search for a comprehensive regulatory scheme in cases such as *Clarke*, *Lieberman* and *Henry Birks* has been a part of the difficult task of ascertaining whether the true purpose of a particular local regulation was to enact a localized criminal law.

The present case involves an entirely different provincial interest, namely the "civil rights" of employees to enjoy a common day of rest and recreation. In such circumstances, the presence or absence of a regulatory scheme on week-days is of little probative value. Accordingly, I am unimpressed with the alleged prohibitory nature of the *Retail Business Holidays Act* and I remain convinced of the correctness of the opinion expressed by the Court in *Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 355.

de relatif à la propriété et aux droits civils dans la province.

Depuis l'arrêt *Reference re Validity of Section 5(a) of the Dairy Industry Act* (le renvoi sur la margarine), [1949] R.C.S. 1, à la p. 50, il est bien établi en droit que ce n'est pas toute loi prohibitive qui est de nature criminelle. Néanmoins, les avocats ont cité plusieurs affaires de fermeture le dimanche, en particulier l'arrêt *Henry Birks* et l'arrêt *Clarke v. Wawken*, [1930] 2 D.L.R. 596 (C.A. Sask.), où l'absence d'un régime complet de réglementation applicable aux heures de fermeture des commerces les jours autres que le dimanche a constitué apparemment un facteur important dans la décision portant que la loi en cause était inconstitutionnelle. On a fait valoir que dans l'arrêt *Lieberman v. The Queen*, cette Cour a confirmé la validité d'un règlement municipal interdisant l'ouverture des salles de billard et de quilles le dimanche, précisément parce que le règlement établissait effectivement les heures d'ouverture des commerces les jours autres que le dimanche. Toutes ces affaires cependant portaient sur des règlements municipaux ou sur leur loi habilitante. La définition de la ligne de démarcation entre la réglementation des affaires locales et le droit criminel s'est souvent révélée difficile: comparer, par exemple, le point de vue des juges formant la majorité et celui des juges formant la minorité dans l'arrêt *Procureur général du Canada et Dupond c. Ville de Montréal*, [1978] 2 R.C.S. 770. La recherche d'un régime complet de réglementation dans des affaires comme les arrêts *Clarke*, *Lieberman* et *Henry Birks* a fait partie de la tâche difficile qui consiste à vérifier si l'objet véritable d'un règlement local donné était d'édicter des règles de droit criminel locales.

Dans la présente affaire, il est question d'un intérêt provincial tout à fait différent, savoir les «droits civils» des employés de bénéficier d'un jour commun de repos et de loisir. Dans ces circonstances, la présence ou l'absence de réglementation des jours de semaine a peu de valeur probante. C'est pourquoi la nature qu'on dit prohibitive de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* ne m'impressionne guère et je demeure convaincu de la justesse de l'opinion exprimée par la Cour à la p. 355 de l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*

(B) Religious Origins or Religious Purposes?

In *Lieberman v. The Queen*, Ritchie J. stated, at p. 648:

> It is not to be lightly assumed that any part of the by-law is directed to a purpose beyond the legislative competence of the enacting authority and I do not think that the inclusion of Sunday in the hours of closing of these businesses necessarily carries with it any moral or religious significance.
>
> Counsel for the appellant has called to our attention a number of cases in this Court deciding that provincial statutes designed to enforce the observance of days of religious obligation are *ultra vires*, but in each of these cases the legislation in question carried within itself clear evidence that it was directed to this end.

Two distinct principles may be distilled from those remarks. First, the presumption of constitutionality applies in respect of Sunday-closing laws; the courts will not readily leap to the conclusion that such a law is a colourable attempt to enforce or encourage religious observance. Second, distinctive legislative treatment of a day, such as Sunday, which has particular religious significance does not invariably require the legislation to be characterized as religious in nature. It is upon this second point that I now wish to dwell.

It is beyond doubt that days such as Sundays, Christmas and Easter were celebrated as holidays in Canada historically for religious reasons. The celebration of these holidays has continued to the present partly because of continuing, though diminished, religious observances of the largest denominations of the Christian faith, partly because of statutory enforcement under, *inter alia*, the now unconstitutional *Lord's Day Act*, and partly because of the combined effect of social inertia and the perceived need for people to have days away from work or school in common with family, friends and other members of the community. These, in my view, are the social facts which explain the selection by individuals, businesses, school boards, and others of particular days as holidays.

B) Origines ou objets d'ordre religieux?

Dans l'arrêt *Lieberman v. The Queen*, le juge Ritchie dit, à la p. 648:

> [TRADUCTION] On ne doit pas présumer à la légère qu'une partie du règlement vise un objet échappant à la compétence législative de l'autorité qui l'adopte et je ne crois pas que l'inclusion du dimanche dans les heures de fermeture de ces commerces ait nécessairement une importance quelconque sur le plan moral ou religieux.
>
> L'avocat de l'appelant a attiré notre attention sur un certain nombre d'arrêts de cette Cour qui portent que les lois provinciales qui visent à assurer l'observance de jours d'obligation religieuse sont *ultra vires*, mais, dans chaque cas, la loi en cause comportait elle-même une preuve manifeste qu'elle était conçue pour cette fin.

Deux principes distincts peuvent être dégagés de ces observations. Premièrement, la présomption de constitutionnalité s'applique dans le cas des lois de fermeture le dimanche; les tribunaux ne sauteront pas facilement à la conclusion qu'une telle loi est une tentative déguisée d'assurer ou d'encourager l'observance religieuse. Deuxièmement, le traitement distinctif que réserve la loi à un jour, comme le dimanche, qui revêt une importance religieuse particulière n'oblige pas invariablement à la qualifier comme étant de nature religieuse. C'est sur ce second point que je veux maintenant m'arrêter.

Il ne fait pas de doute que, historiquement, certains jours comme le dimanche, Noël et Pâques ont été célébrés comme jours fériés au Canada pour des raisons religieuses. La célébration de ces jours fériés s'est perpétuée jusqu'à nos jours en partie à cause de la poursuite, quoique réduite, de l'observance religieuse par les plus grandes confessions de la foi chrétienne, en partie par contrainte légale en vertu notamment de la *Loi sur le dimanche* qui est maintenant inconstitutionnelle, et en partie à cause de l'effet combiné de l'inertie sociale et du besoin ressenti par la population de bénéficier de certains jours où l'on n'a pas à aller au travail ni à l'école et que l'on peut passer en famille, avec des amis et d'autres membres de la collectivité. Ce sont là, à mon avis, les faits sociaux qui expliquent le choix par les individus, les commerces, les commissions scolaires, etc., de certains jours comme jours de congé.

It is important to keep in mind, however, that the Court is not called upon to characterize the historical origins, or even the continuing cause for the selection by individual members of the community of particular holidays. To do so would be to characterize social facts rather than characterizing the impugned law. The question in the present cases therefore cannot be reduced to a mathematical exercise of computing the number of holidays prescribed by the Act which have a religious origin. Our society is collectively powerless to repudiate its history, including the Christian heritage of the majority. My opinion in this respect is reinforced by the words of Warren C.J., writing for the majority of the United States Supreme Court in *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961), at p. 445:

> To say that the States cannot prescribe Sunday as a day of rest for these purposes solely because centuries ago such laws had their genesis in religion would give a constitutional interpretation of hostility to the public welfare rather than one of mere separation of church and State.

In my view, Hall J., writing on behalf of a majority of the Manitoba Court of Appeal, correctly stated and applied the law in *R. v. Tamarac Foods Ltd.* (1978), 96 D.L.R. (3d) 678 (Man. C.A.), at p. 682, in which Manitoba's *Retail Businesses Holiday Closing Act*, S.M. 1977, c. 26, C.C.S.M., c. R120, was alleged to be *ultra vires*:

> What therefore emerges is the question of whether it can be said that the impugned statute has for its true object, purpose and character, the prevention of the profanation of Sunday or other days of religious significance, or whether it is designed to provide holidays for some persons engaged in certain retail trades.
>
> An examination of the statute itself and the agreed statement of facts does not reveal a legislative object or intent to prevent the profanation of the Sabbath or other days of religious significance. On the contrary, the title of the enactment and its substantive provisions reveal that the Legislature desired and intended to make provisions for holidays to some persons engaged in certain retail trades. The fact that Sunday and some other days

Toutefois, il est important de garder à l'esprit que la Cour n'est pas appelée à caractériser les origines historiques ni même la cause constante du choix par des membres de la collectivité de certains jours de congé. Le faire reviendrait à caractériser des faits sociaux plutôt que la loi attaquée. Donc, la question qui se pose dans les présentes espèces ne saurait être réduite à un exercice, mathématique consistant à calculer le nombre de jours fériés prescrits par la Loi qui ont une origine religieuse. Notre société est collectivement dans l'impossibilité de répudier son histoire, y compris l'héritage chrétien de la majorité. À cet égard, mon opinion est renforcée par les propos du juge en chef Warren, qui a rédigé l'arrêt majoritaire de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961), à la p. 445:

> [TRADUCTION] Dire que les États ne peuvent édicter que le dimanche sera un jour de repos pour ces fins, uniquement parce qu'il y a des siècles de telles lois tiraient leur origine de la religion, reviendrait à donner une interprétation constitutionnelle hostile au bien-être de la population plutôt que simplement respectueuse de la séparation de l'Église et de l'État.

À mon avis, le juge Hall, qui a écrit pour la majorité l'arrêt de la Cour d'appel du Manitoba, a correctement énoncé et appliqué la règle de droit dans l'affaire *R. v. Tamarac Foods Ltd.* (1978), 96 D.L.R. (3d) 678 (C.A. Man.), à la p. 682, où on prétendait que la *Retail Businesses Holiday Closing Act*, S.M. 1977, chap. 26, C.C.S.M., chap. R120, du Manitoba, excédait la compétence de la province:

> [TRADUCTION] Donc, la question qui émerge est de savoir si l'on peut dire que la loi attaquée a véritablement pour objet, but et nature, la prévention de la profanation du dimanche ou des autres fêtes ayant une importance sur le plan religieux, ou si elle est destinée à accorder des jours de congé à certaines personnes qui travaillent dans certains commerces de détail.
>
> L'examen de la Loi elle-même et l'exposé conjoint des faits ne révèlent pas que son objet ou l'intention du législateur a été d'empêcher la profanation du sabbat ou d'autres fêtes ayant une importance sur le plan religieux. Au contraire, le titre de ce texte législatif et ses dispositions de fond montrent que le législateur souhaitait et voulait prévoir des congés pour certaines personnes qui travaillent dans certains commerces de détail. Le fait

of a religious significance are included in the definition of "holiday" is incidental to the main purpose of the legislation and is not a sufficient basis from which to conclude that the statute is directed towards the prevention of the profanation of the Sabbath or other days of religious significance and thus beyond provincial legislative competence.

What must be determined in the present appeals is whether the purpose of the *Retail Business Holidays Act* was to confer holidays on retail workers in common with the holidays enjoyed by other members of the community, or whether it was a carefully drafted colourable scheme to promote or prefer religious observance by historically dominant religious groups.

(C) The Legislative Purpose of the *Retail Business Holidays Act*

I agree with Tarnopolsky J.A. that the *Retail Business Holidays Act* was enacted with the intent of providing uniform holidays to retail workers. I am unable to conclude that the Act was a surreptitious attempt to encourage religious worship. The title and text of the Act, the legislative debates and the Ontario Law Reform Commission's *Report on Sunday Observance Legislation* (1970), all point to the secular purposes underlying the Act.

The Act includes Victoria Day, Canada Day and Labour Day as "holidays". These are secular holidays and I am not prepared to infer that they have been included to disguise a religious purpose. I have already observed that the Act, unlike the draft bill submitted to the Court in *In re Legislation Respecting Abstention from Labour on Sunday*, exempts recreational businesses. Such an exemption is inconsistent with the traditional religious view of appropriate Sunday conduct. The variety of other exemptions, such as those pertaining to small businesses and tourism, also suggests that secular and not religious values have prompted the legislation.

que le dimanche et certains autres jours ayant une importance sur le plan religieux soient inclus dans la définition de «jour férié» est accessoire à l'objet principal de la Loi et ne constitue pas un motif suffisant pour conclure qu'elle vise à prévenir la profanation du sabbat ou d'autres jours de fête ayant une importance religieuse et qu'elle excède donc la compétence législative provinciale.

Ce qu'il faut déterminer dans les présents pourvois c'est si la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* a pour objet d'accorder aux salariés de ce secteur des congés qui soient les mêmes que ceux dont jouissent les autres membres de la collectivité, ou si elle constitue une tentative déguisée, dans un texte soigneusement rédigé, de promouvoir l'observance religieuse de groupes religieux historiquement dominants ou de lui accorder la préférence.

C) L'objet de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*

Je suis d'accord avec le juge Tarnopolsky pour dire que la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* a été adoptée dans l'intention d'accorder des jours de congé uniformes aux salariés du commerce de détail. Je suis incapable de conclure que la Loi constitue une tentative subreptice d'encourager le culte. Le titre et le texte de la Loi, les débats de l'Assemblée législative et le *Report on Sunday Observance Legislation* (1970), de la Commission de réforme du droit de l'Ontario, font tous ressortir les objets d'ordre laïque qui sous-tendent la Loi.

La Loi inclut dans ses «jours fériés» la fête de la Reine, la fête du Canada et la fête du Travail. Ce sont là des fêtes civiles et je ne suis nullement disposé à croire qu'elles ont été incluses afin de cacher un objet religieux. J'ai déjà fait observer que la Loi, contrairement au projet de loi soumis à la Cour dans le renvoi *In re Legislation Respecting Abstention from Labour on Sunday*, exempte les commerces de divertissement. Une telle exemption est incompatible avec la conception religieuse traditionnelle de la façon dont on doit se conduire le dimanche. La variété des autres exemptions, comme celles relatives aux petits commerces et au tourisme, donne aussi à entendre que ce sont des valeurs d'ordre laïque et non religieux qui ont poussé à légiférer.

The Legislative Debates of the Ontario Legislature, First Session of the Thirtieth Legislature, November 6, 1975, at p. 330, include the following remarks of then Solicitor General MacBeth:

> Rather than the approach that the original Lord's Day Act took in 1906—it was a federal Act and took a religious approach—the Law Reform Commission suggested that a secular approach should be taken, and that is the approach, of course, that is embodied in our legislation. The intent of the legislation is to permit as many people as reasonably as possible to enjoy a common pause day.

The reference of Mr. MacBeth to the Law Reform Commission was to the *Report on Sunday Observance Legislation* which was a project undertaken by the Commission (then composed of H. Allan Leal, Q.C., Chairman, and the Hon. James C. McRuer, the Hon. Richard A. Bell, Q.C., W. Gibson Gray, Q.C. and William R. Poole, Q.C.) at the request of the Minister of Justice and Attorney General for Ontario. From the symmetry between the suggestions in the Report and the actual provisions of the legislation, particularly in respect of businesses which should be exempted from the law, I accept that the Report accurately reflects the purposes of the Act.

The Report recommends at pp. 265-68 that a uniform weekly pause day be enacted in Ontario. Amongst the factors leading the Commission to advocate uniform or common holidays were (i) the problems of coordinating holidays amongst family and friends in a staggered holiday system (especially for families with children of school age), (ii) the difficulty of holding community events under an alternative regime, and (iii) the expressed preference of most people to spend their days off with family, friends or even among crowds.

The Report then turned to the question which day of the week ought to be selected as a weekly pause day. According to the authors, the selection of Saturday would ignore traditions whereby Saturday has come to be regarded as a retail shopping or market day. The Report concluded

Les débats de l'Assemblée législative de l'Ontario, Première session de la Trentième législature, 6 novembre 1975, à la p. 330, font état des observations suivantes du solliciteur général de l'époque, M[e] MacBeth:

> [TRADUCTION] Plutôt que d'adopter le point de vue de la Loi du dimanche initiale de 1906—c'était une loi fédérale et elle adoptait un point de vue religieux—la Commission de réforme du droit a proposé d'adopter un point de vue laïque et c'est ce point de vue, bien sûr, qui est enchâssé dans notre loi. L'objet de la Loi est de permettre à autant de gens que raisonnablement possible de jouir d'un jour de repos commun.

La référence que fait M[e] MacBeth à la Commission de réforme du droit vise le *Report on Sunday Observance Legislation*, un projet entrepris par la Commission (alors composée de M[e] H. Allan Leal, c.r., président, de l'honorable James C. McRuer, de l'honorable Richard A. Bell, c.r., de M[e] W. Gibson Gray, c.r., et de M[e] William R. Poole, c.r.) à la demande du ministre de la Justice et procureur général de l'Ontario. Vu la correspondance qui existe entre les recommandations du Rapport et les dispositions de la Loi, particulièrement au sujet des commerces qui devraient être exemptés de son application, je conviens que le Rapport traduit fidèlement les objets de la Loi.

Le Rapport recommande, aux pp. 265 à 268, l'adoption d'un jour de repos hebdomadaire uniforme en Ontario. Parmi les facteurs qui ont amené la Commission à préconiser des jours de congé uniformes ou communs, il y a (i) les problèmes de coordination des congés au sein de la famille et avec les amis dans le cas d'un système d'étalement des congés (surtout pour les familles qui comptent des enfants d'âge scolaire), (ii) la difficulté d'organiser des manifestations collectives sous un autre régime et (iii) la préférence, manifestée par la plupart des gens, pour les congés en famille, avec des amis ou encore en groupe.

Le Rapport aborde ensuite la question du jour de la semaine qui devrait être choisi comme jour de repos hebdomadaire. D'après ses auteurs, le choix du samedi ferait fi de la tradition selon laquelle le samedi en est venu à être considéré comme jour de marché ou de magasinage. Le

that Sunday was the best choice, but for secular reasons:

Sunday as a day of religious observance in Ontario appears to be decreasing in significance, if church and Sunday school attendance on that day is any indication. But this does not mean that Sunday is losing its significance as a pause day—characterized by a high degree of social interaction and leisure activities among family and friends. Indeed, our behavioural research revealed that Sunday in Ontario in 1970 has these latter characteristics to a very high degree, certainly more so than on any other day of the week. We would therefore regard the singling out of Sunday as the day of government support as consistent with the promotion of these characteristics. [pp. 268-69]

. . .

There are very few countries in the world in which Sunday has not been chosen as the uniform pause day by legislation. Yet many of these countries would hardly characterize their legislation as "Christian" or "religious" in nature. The U.S.S.R., for example, established Sunday as the pause day (or "day off") by an edict of the Praesidium of the Supreme Soviet in 1940. We were told by the Canadian Ambassador in Moscow that Sunday is officially a day of rest, recreation, cultural education, amusement and political activity. The basic labour law of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia recognizes Sunday as a day of rest subject to municipal regulation, and violations of municipal ordinances respecting Sunday work are subject to fines. Even in Japan, a country where Christianity has never been more than a minor religion, three separate government regulations exist requiring Sunday to be a day of rest, the first promulgated in 1876 relating to public servants, the second in 1922 relating to business hours at government agencies, and the third in 1949 respecting the 1922 regulation and adding that officials should be on duty every day except holidays and Sundays. We were advised by the Canadian Ambassador in Japan that Sunday is not a working day except for people in service industries and retail merchandising, but neither is it a day of religious observance.

In short, there are sufficient precedents throughout the world for the legislative selection of Sunday as a

Rapport conclut que le dimanche constitue le meilleur choix, mais pour des motifs d'ordre laïque:

[TRADUCTION] Le dimanche en tant que jour d'observance religieuse en Ontario semble perdre de son importance si l'on se fie à l'assistance à l'église et à l'enseignement religieux donné ce jour-là. Mais cela ne signifie pas que le dimanche perd de son importance en tant que jour de repos—caractérisé par un haut degré d'interaction sociale et de loisirs en famille et avec des amis. En vérité, notre recherche en matière de comportement révèle que le dimanche en Ontario en 1970 possède ces dernières caractéristiques à un très haut degré, certainement beaucoup plus que tout autre jour de la semaine. Nous considérons donc le dimanche comme jour que le gouvernement doit choisir s'il veut promouvoir ces caractéristiques. [aux pp. 268 et 269]

. . .

Il n'existe que fort peu de pays dans le monde où le dimanche n'a pas été choisi par voie législative comme jour de repos uniforme. Et pourtant un grand nombre de ces pays ne sauraient guère qualifier leur loi de «chrétienne» ou de «religieuse» par nature. L'U.R.S.S., par exemple, a établi le dimanche comme jour de repos (ou «jour de congé») par un édit du Praesidium du Soviet suprême en 1940. Nous nous sommes laissés dire par l'ambassadeur du Canada à Moscou que le dimanche est officiellement un jour de repos, de détente, d'éducation culturelle, d'amusement et d'activités politiques. La loi fondamentale du travail de la République socialiste populaire fédérative de Yougoslavie reconnaît le dimanche comme jour de repos, sous réserve de la réglementation municipale, et les violations des ordonnances municipales relatives au travail le dimanche peuvent entraîner des amendes. Même au Japon, un pays où le christianisme n'a jamais été qu'une religion minoritaire, il y a trois règlements gouvernementaux distincts qui prescrivent le dimanche comme jour de repos; le premier, promulgué en 1876, concerne les fonctionnaires, le second, promulgué en 1922, porte sur les heures d'ouverture des organismes gouvernementaux, et le troisième, promulgué en 1949, concerne le règlement de 1922 et ajoute que les employés doivent être de service tous les jours sauf les jours de fête et le dimanche. L'ambassadeur du Canada au Japon nous a informés que le dimanche n'y est pas un jour de travail, sauf pour ceux qui travaillent dans des entreprises de services et des commerces de détail, mais ce n'est pas là non plus un jour d'observance religieuse.

Bref, il existe dans le monde suffisamment de précédents qui permettent au législateur de choisir le diman-

uniform pause day for *secular* rather than *religious* purposes. For the reasons outlined, we would propose that this practice be followed in Ontario. [pp. 269-70]

The Report concedes at p. 269 that the selection of Sunday as a pause day would have the incidental effect of benefiting a substantial minority of the population that attends church on Sundays. I am satisfied, however, that the acknowledgment of the religious effects of a Sunday pause day is precisely that: a frank acknowledgment of effects, rather than an expression of concealed purpose.

It was pointed out in argument that the Law Reform Commission recommended legislation of general application, while the *Retail Business Holidays Act*, as its title implies, is restricted to the retail trade. In my opinion, the narrower focus of the Act does not reflect a repudiation of the Report, but rather, a decision to deal with an area of special concern. At pages 294-95, the Report identifies the retail trade as an industry particularly sensitive to competitive pressures and therefore less likely than other industries to provide a uniform pause day without legislative enforcement. It also refers to retail workers as particularly vulnerable, with less than ten percent of retail labour unionized. At page 295, the Report summarizes the special need for regulation of the retail trade:

This all points to our major concern that most retail employees, in the absence of Sunday regulation, would not really have much freedom of choice whether they wanted to work or not. In many cases, they would be subject to subtle economic pressure to work, particularly in large establishments where employee resistance to management decisions to open would be met simply by replacing the resisting employees. This is not a criticism of large economic aggregates in retailing, but an acknowledgment of the potential power which they wield on this matter.

che comme jour de repos uniforme pour des fins *laïques* plutôt que *religieuses*. Pour les raisons qui viennent d'être données, nous proposons que cette pratique soit suivie en Ontario. [aux pp. 269 et 270]

Le Rapport reconnaît, à la p. 269, que le choix du dimanche comme jour de repos aurait pour effet secondaire de profiter à une minorité substantielle de la population qui va à l'église le dimanche. Je suis convaincu cependant que la reconnaissance des effets religieux d'un jour de repos le dimanche constitue précisément une reconnaissance sincère des effets plutôt que l'expression d'un objet caché.

On a fait remarquer au cours des débats que la Commission de réforme du droit a proposé une loi d'application générale, alors que la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, comme l'indique son titre, est limitée au commerce de détail. À mon avis, le fait que la Loi ait une portée plus étroite traduit non pas un rejet du Rapport mais plutôt une décision de s'occuper d'un domaine d'intérêt spécial. Aux pages 294 et 295, le Rapport décrit le commerce de détail comme un secteur particulièrement sensible aux pressions de la concurrence et, donc, moins susceptible qu'un autre secteur d'accorder un jour de repos uniforme en l'absence de sanction législative. Il décrit aussi les salariés de ce secteur comme particulièrement vulnérables, moins de dix pour cent d'entre eux étant syndiqués. À la page 295, le Rapport résume ainsi la nécessité particulière d'avoir une réglementation du commerce de détail:

[TRADUCTION] Tout cela fait ressortir notre souci majeur: la plupart des salariés du commerce de détail, en l'absence de réglementation du dimanche, n'auraient pas vraiment la liberté de choisir de travailler ou non. Dans bien des cas, ils feraient l'objet de pressions économiques subtiles les forçant au travail, particulièrement dans les grands établissements où la résistance des salariés à la décision d'ouvrir prise par la direction serait contournée par le simple remplacement des opposants. Il s'agit là non pas d'une critique des grands ensembles économiques dans le commerce de détail, mais la reconnaissance du pouvoir potentiel qu'ils peuvent exercer en la matière.

The Ontario Legislature's decision to apply the recommendations of the Law Reform Commission only to the retail trade therefore does not imbue me with doubt as to the validity of its aims.

(D) The Saturday Exemption

Another apparent point of departure between the *Report on Sunday Observance Legislation* and the Act was the inclusion in the latter of s. 3(4). The subsection provides a limited exemption to retailers who close their store for twenty-four consecutive hours in the period running from four o'clock on Friday afternoon to midnight on Saturday. As we have seen, the exemption is limited in that it permits the retailer to maintain no more than seven employees or 5,000 square feet of store space to serve the public at any given time on the subsequent Sunday.

Chapter 16 of the Report recommends against the adoption of a religious or "Sabbatarian" exemption, which the Commission defines, at p. 350, as an exemption "for those persons who conscientiously observe Saturday or some other day as their religious day ... providing they close on Saturday or that other religious day". Amongst the reasons given for recommending against the creation of such an exemption were (i) it would be inconsistent with the secular objectives of the legislation; (ii) it would jeopardize the constitutional validity of the scheme; and (iii) it would create practical difficulties of administration and enforcement. The anticipated difficulties included the undesirability of a state-conducted inquiry into the sincerity of an individual's religious beliefs and the difficulty of ensuring a minimal disruption of the uniformity of the pause days. The Report also expressed concern that the protection of workers' freedom of religion might require any Sabbatarian exemption to contain a proviso dictating that Sabbatarian retailers only employ co-religionists on Sundays, and that such a proviso would be contrary to *The Ontario Human Rights Code*, S.O. 1961-62, c. 93. At pages 352-53, the Report quotes passages, which will be discussed below, from Warren C.J.'s judgment in *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961), at pp. 608-09 and from

La décision de l'Assemblée législative ontarienne d'appliquer les recommandations de la Commission de réforme du droit uniquement au secteur du commerce de détail ne suscite donc chez moi aucun doute quant à la validité de ses visées.

D) L'exemption relative au samedi

Un autre écart apparent entre le *Report on Sunday Observance Legislation* et la Loi est l'inclusion du par. 3(4) dans cette dernière. Le paragraphe prévoit une exemption limitée pour les détaillants qui ferment leur commerce pendant vingt-quatre heures consécutives entre 16 h le vendredi après-midi et minuit le samedi. Comme nous l'avons vu, l'exemption est limitée en ce qu'elle autorise le détaillant à avoir au plus sept salariés ou 5 000 pieds carrés de superficie pour servir le public, en tout temps le dimanche suivant.

Le chapitre 16 du Rapport recommande le rejet d'une exemption religieuse ou «sabbatique», que la Commission définit, à la p. 350, comme une exemption [TRADUCTION] «pour ceux et celles qui observent consciencieusement le samedi ou quelque autre jour comme leur jour de repos religieux ... pourvu qu'ils ferment le samedi ou pendant cet autre jour de repos religieux». Parmi les raisons avancées pour s'opposer à la création d'une telle exemption, on affirme ceci: (i) l'exemption serait incompatible avec les objectifs laïques de la loi, (ii) elle mettrait en péril la constitutionnalité du programme, et (iii) elle engendrerait des difficultés pratiques sur les plans de son administration et de sa mise à exécution. Parmi les difficultés anticipées, il y aurait le caractère non souhaitable d'une enquête effectuée par l'État sur la sincérité des croyances religieuses d'un individu et aussi la difficulté d'assurer une perturbation minimale de l'uniformité des jours de repos. Le Rapport exprime aussi la crainte que la protection de la liberté de religion des travailleurs exige que toute exemption sabbatique comporte une réserve exigeant que les détaillants qui observent le sabbat n'emploient que des coreligionnaires le dimanche, et qu'une telle disposition n'enfreigne *The Ontario Human Rights Code*, S.O. 1961-62, chap. 93. Aux pages 352 et 353, le Rapport contient certains passages,

Frankfurter J.'s judgment in *McGowan v. Maryland*, at pp. 515-16, in which these concerns are voiced.

The exemption in s. 3(4) is not an exemption of the type considered and rejected by the Law Reform Commission. It is available to retailers of any religion, and thereby avoids imparting the religious flavour which the Report deemed undesirable. No state-conducted inquiry into religious beliefs is needed. The Act cushions the disruptive effect of the exemption by limiting the size of establishments which can open on Sundays instead of implementing a generally undesirable and possibly illegal rule requiring the hiring of co-religionists. In many respects, therefore, the exemption in s. 3(4) conforms to the spirit of the Report.

There was considerable argument regarding the motives of the Legislature in enacting s. 3(4) until Mr. Robinette drew our attention to the Legislative Debates of Ontario for December 17, 1975. The debates clearly indicate that the exemption was inspired by concerns about the effect of the Act on Saturday observers. One member, for example, is reported to have said, at p. 1872:

> **Mr. Samis:** We will support this amendment even though the strange anomaly is that we are talking about religion here. We all know that the section here deals entirely with religion, but the legal eagles tell us, apparently, that to include the word "religion" would jeopardize the constitutionality of this bill. Rather than give any extra business to the legal eagles of Ontario and delay the process of justice, we'll support the amendment.

Other members also acknowledged the origin of the exemption in religious concerns. In any event, the religious purpose of the exemption is plainly revealed by the timing of the exemption to coincide with a Sabbath beginning at sundown on Friday evening.

In *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] S.C.R. 383, the Court was prepared to

analysés plus loin, du jugement du juge en chef Warren dans l'affaire *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961), aux pp. 608 et 609, et du jugement du juge Frankfurter dans l'affaire *McGowan v. Maryland*, aux pp. 515 et 516, dans lesquels ces craintes sont exprimées.

L'exemption du par. 3(4) n'est pas une exemption du genre de celle examinée et rejetée par la Commission de réforme du droit. Les détaillants, de quelque religion qu'ils soient, peuvent s'en prévaloir; elle évite ainsi cette saveur de religion que le Rapport jugeait indésirable. Aucune enquête de l'État sur les croyances religieuses n'est nécessaire. La Loi atténue l'effet perturbateur de l'exemption en limitant la taille des établissements qui peuvent ouvrir le dimanche au lieu de mettre en application une règle généralement peu souhaitable, et peut-être même illégale, prescrivant l'embauche de coreligionnaires. À plusieurs égards donc, l'exemption du par. 3(4) est conforme à l'esprit du Rapport.

On a beaucoup débattu les motifs qui ont poussé le législateur à adopter le par. 3(4), jusqu'à ce que Me Robinette attire notre attention sur les débats de l'Assemblée législative de l'Ontario du 17 décembre 1975. Les débats montrent clairement que l'exemption est le fruit de préoccupations au sujet de l'effet de la Loi sur les gens qui observent le samedi. Un député, par exemple, affirme ceci, à la p. 1872:

> [TRADUCTION] **M. Samis:** Nous appuierons cet amendement malgré cette étrange anomalie qui fait que nous parlons de religion ici. Nous savons tous que l'article en cause traite uniquement de religion; mais les savants juristes nous disent, semble-t-il, que l'inclusion du mot «religion» mettrait en péril la constitutionnalité de ce projet de loi. Plutôt que de donner un surcroît de travail aux savants juristes de l'Ontario et ainsi d'entraver le cours de la justice, nous appuierons l'amendement.

D'autres députés ont aussi reconnu que l'exemption avait pour origine des intérêts religieux. Quoi qu'il en soit, l'objet religieux de l'exemption est clairement révélé par le fait que son application coïncide avec un sabbat qui débute au coucher du soleil le vendredi soir.

Dans l'arrêt *Walter v. Attorney General of Alberta*, [1969] R.C.S. 383, la Cour était, en

assume, without deciding, that the federal Parliament had exclusive legislative jurisdiction in relation to religion or religious freedom, in the course of upholding a provincial statute. A similar assumption was made by Cartwright J., Fauteux J. concurring, in *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 S.C.R. 299, at p. 387, again, in the course of upholding provincial legislation. Of the other judges in *Saumur*, three (Rinfret C.J., Taschereau and Kerwin JJ.) held that freedom of religion was a civil right within s. 92(13) of the *Constitution Act, 1867*, while four (Rand, Kellock, Estey and Locke JJ.) expressed the opinion that it was beyond provincial competence to enact legislation restricting religious freedom. Never has a majority of this Court held that Parliament (or indeed the provincial legislatures) has exclusive jurisdiction in respect of religion or freedom of religion. The question remains an open one.

confirmant la validité d'une loi provinciale, disposée à présumer, sans toutefois en décider, que le législateur fédéral avait une compétence exclusive pour légiférer en matière de religion ou de liberté religieuse. Dans l'arrêt *Saumur v. City of Quebec*, [1953] 2 R.C.S. 299, à la p. 387, le juge Cartwright, à l'avis duquel le juge Fauteux a souscrit, a formulé une présomption semblable là encore, en confirmant la validité d'un texte législatif provincial. Parmi les autres juges dans l'arrêt *Saumur*, trois (le juge en chef Rinfret et les juges Taschereau et Kerwin) ont conclu que la liberté de religion était un droit civil au sens du par. 92(13) de la *Loi constitutionnelle de 1867*, tandis que quatre (les juges Rand, Kellock, Estey et Locke) se sont dits d'avis que la province n'avait pas compétence pour adopter un texte législatif restreignant la liberté religieuse. Il n'est jamais arrivé que cette Cour à la majorité décide que le Parlement (ou en fait le législateur provincial) jouit d'une compétence exclusive en matière de religion ou de liberté religieuse. Cette question n'a pas encore été tranchée.

There are, undoubtedly, religious matters within exclusive federal competence, most notably prohibitions against the profanation of the Sabbath. As I have already observed, however, the characterization of Sabbath observance legislation as criminal law has its roots not in any general or inherent connection between religion and criminal law, but in the history of the specific criminal offence of profaning the Sabbath. In my view there exist religious matters which must similarly fall within provincial competence. Section 92(12) expressly allocates the solemnization of marriages, a class of subjects with important historical or traditional religious dimensions, to the provincial legislatures. Section 93 imposes restrictions on provincial competence with respect to denominational schools which would be unnecessary if religion as a whole were beyond the sphere of provincial jurisdiction. It would seem, therefore, that the Constitution does not contemplate religion as a discrete constitutional "matter" falling exclusively within either a federal or provincial class of subjects. Legislation concerning religion or religious freedom ought to be characterized, I believe, in light of its context,

Il y a sans doute des questions d'ordre religieux qui relèvent de la compétence exclusive du Parlement fédéral, plus particulièrement les interdictions de profaner le sabbat. Toutefois, comme je l'ai déjà fait observer, la qualification des lois relatives à l'observance du sabbat comme étant du droit criminel découle non pas d'un lien général ou inhérent entre la religion et le droit criminel, mais de l'historique de l'infraction criminelle même qui consiste à profaner le sabbat. À mon avis, il existe des questions d'ordre religieux qui doivent de la même manière relever de la compétence des provinces. Le paragraphe 92(12) attribue expressément aux législatures provinciales le pouvoir de légiférer en matière de célébration des mariages, une catégorie de sujets qui a des dimensions religieuses traditionnelles ou historiques importantes. L'article 93 impose des restrictions à la compétence provinciale relativement aux écoles confessionnelles, lesquelles restrictions seraient inutiles si la religion, dans son ensemble, était en dehors de la compétence des provinces. Il semblerait donc que la Constitution n'envisage pas la religion comme une «matière» constitutionnelle distincte qui relève

according to the particular religious matter upon which the legislation is focussed.

Such an approach finds support in the recent decision of this Court in *Scowby v. Glendinning*, [1986] 2 S.C.R. 226. Estey J., on behalf of the majority, observed at p. 233 that "human rights", without more, was not a free standing program falling within a single class of subjects in ss. 91-92. Provincial human rights provisions must be assessed in their context according to the following criteria:

> In each case, the essential question is whether provincial legislation is valid as in relation to property and civil rights or some other head of s. 92, or impermissibly deals with matters in relation to a subject over which Parliament has been given exclusive legislative jurisdiction. Should the root of the human rights legislation under challenge be within the territory of pure criminal law, and not in a valid provincial legislative object, it is beyond the powers of the provincial legislature. [p. 236]

Applying the above principles to the appeals at bar, it is, in my opinion, open to a provincial legislature to attempt to neutralize or minimize the adverse effects of otherwise valid provincial legislation on human rights such as freedom of religion. All that is achieved by s. 3(4) of the *Retail Business Holidays Act* is the subtraction of a duty imposed elsewhere in the Act. Section 3(4) cannot be divorced from its context in valid provincial legislation in relation to property and civil rights: an exemption must be read in light of the affirmative provision to which it relates. I might add that it would be a peculiar result indeed if the federal Parliament and not the provincial legislature were the competent body to create exemptions from provincial legislation, whether motivated by religious or other concerns. Consequently, neither the Act nor the exemption is, in my opinion, *ultra vires* the province.

exclusivement d'une catégorie fédérale ou provinciale de sujets. Une loi portant sur la religion ou la liberté religieuse devrait, à mon sens, être qualifiée en fonction de son contexte, selon la question religieuse particulière qu'elle vise.

Un tel point de vue est appuyé par l'arrêt récent de cette Cour *Scowby c. Glendinning*, [1986] 2 R.C.S. 226. Le juge Estey, s'exprimant au nom de la Cour à la majorité, fait observer, à la p. 233, que l'expression «droits de la personne», sans plus, ne constitue pas un programme isolé qui relève d'une seule catégorie de sujets aux art. 91 et 92. Les dispositions provinciales en matière de droits de la personne doivent être évaluées en fonction de leur contexte et en appliquant les critères suivants:

> Dans [chaque affaire], la question essentielle est de savoir si la loi provinciale est valide comme se rapportant à la propriété et aux droits civils ou à quelque autre rubrique de l'art. 92, ou si elle traite d'une manière inacceptable de matières qui relèvent d'un chef de compétence législative exclusive au Parlement fédéral. Si le fondement de la loi sur les droits de la personne qui est contestée relève du pur droit criminel, et non d'un objectif législatif provincial régulier, il outrepasse les pouvoirs de la législature provinciale. [à la p. 236]

Si on applique les principes susmentionnés aux présents pourvois, j'estime qu'il est alors loisible à une législature provinciale de tenter de neutraliser ou de minimiser les effets préjudiciables qu'a une mesure législative par ailleurs valide sur des droits de la personne comme la liberté de religion. Le paragraphe 3(4) de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* ne fait que supprimer une obligation imposée ailleurs dans la Loi. Le paragraphe 3(4) ne peut être séparé de son contexte dans une loi provinciale valide portant sur la propriété et les droits civils: une exemption doit s'interpréter en fonction de la disposition affirmative à laquelle elle se rapporte. Je pourrais ajouter que ce serait, en réalité, un résultat bien étrange si c'était le législateur fédéral et non le législateur provincial qui avait compétence pour créer des exemptions à l'application d'une loi provinciale motivée par des intérêts religieux ou autres. En conséquence, j'estime que ni la Loi ni l'exemption n'excèdent la compétence de la province.

I therefore agree with the Ontario Court of Appeal that the *Retail Business Holidays Act* is within provincial legislative competence under s. 92 of the *Constitution Act, 1867*. The first constitutional question ought to be answered in the affirmative.

VI

Freedom of Conscience and Religion Under s. 2(*a*)

The constitutional guarantee of freedom of conscience and religion is found in s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, which reads:

> **2.** Everyone has the following fundamental freedoms:
> (*a*) freedom of conscience and religion

Section 27 is relevant to the interpretation of the above provision:

> **27.** This Charter shall be interpreted in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians.

What I have said above regarding the legislative purpose of the *Retail Business Holidays Act* and the distinction between historical origins and legislative purposes applies as well to the *Charter* as it does to the distribution of powers. The Act has a secular purpose which is not offensive to the *Charter* guarantee of freedom of conscience and religion.

The Court held, in the *Big M Drug Mart Ltd.* case, at pp. 331-34, that both the purposes and effects of legislation are relevant to determining its constitutionality. Even if a law has a valid purpose, it is still open to a litigant to argue that it interferes by its effects with a right or freedom guaranteed by the *Charter*. It will therefore be necessary to consider in some detail the impact of the *Retail Business Holidays Act*. Before doing so, however, it is useful to articulate the applicable constitutional principles.

(A) The Constitutional Protection from State-Imposed Burdens on Religious Practices and Religious Non-Conformity

Par conséquent, je suis d'accord avec la Cour d'appel de l'Ontario pour dire que la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* relève de la compétence législative que possède la province en vertu de l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*. La première question constitutionnelle doit donc recevoir une réponse affirmative.

VI

La liberté de conscience et de religion garantie par l'al. 2*a*)

La liberté de conscience et de religion garantie par la Constitution se trouve à l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, qui porte:

> **2.** Chacun a les libertés fondamentales suivantes:
> *a*) liberté de conscience et de religion;

L'article 27 est utile pour ce qui est d'interpréter la disposition susmentionnée:

> **27.** Toute interprétation de la présente charte doit concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens.

Ce que je viens de dire au sujet de l'objet de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* et de la distinction entre les origines historiques et les objets d'une loi s'applique autant à la *Charte* qu'au partage des compétences. La Loi a un objet laïque qui ne contrevient pas à la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte*.

Aux pages 331 à 334 de l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, la Cour conclut que l'objet et l'effet d'une loi sont tous les deux importants pour déterminer sa constitutionnalité. Même si une loi a un objet régulier, il est encore possible à un justiciable de faire valoir que, de par ses effets, elle porte atteinte à un droit ou à une liberté garantis par la *Charte*. Il sera donc nécessaire d'examiner assez en détail les répercussions de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*. Avant de ce faire cependant, il convient d'énoncer les principes constitutionnels applicables.

A) La protection constitutionnelle contre les fardeaux imposés par l'État relativement aux pratiques religieuses et à l'inobservance religieuse

In *Big M Drug Mart Ltd.* the Court had occasion to review the pre-*Charter* Canadian jurisprudence and some of the American cases concerning the constitutional validity of Sunday-closing laws. I wish to avoid a substantial repetition of what was said in the *Big M Drug Mart Ltd.* case, but some renewed scrutiny of the cases and issues particularly germane to the different considerations involved in the present appeals will, I hope, be helpful.

The only Canadian case to which I wish to refer is *Robertson and Rosetanni*. It was contended in that appeal that the *Lord's Day Act* conflicted with s. 1(*c*) of the *Canadian Bill of Rights* and was thereby rendered inoperative. The majority in *Robertson and Rosetanni* considered the effects of the *Lord's Day Act* on the freedom to practice religion and concluded that these effects were purely secular in nature. At pages 657-58, Ritchie J. wrote:

> ... I can see nothing in that statute which in any way affects the liberty of religious thought and practice of any citizen of this country. Nor is the "untrammelled affirmations of religious belief and its propagation" in any way curtailed.
>
> The practical result of this law on those whose religion requires them to observe a day of rest other than Sunday, is a purely secular and financial one in that they are required to refrain from carrying on or conducting their business on Sunday as well as on their own day of rest. In some cases this is no doubt a business inconvenience, but it is neither an abrogation nor an abridgment nor an infringement of religious freedom ....

Since there is no further discussion on this point, one can only infer that Ritchie J.'s conclusion in this respect was premised upon the indirectness of the effects of mandatory Sunday closing on the practice of religion by Saturday-observing retailers.

The American authorities particularly relevant to the present appeals consist of four cases, simultaneously decided in 1961 by the United States Supreme Court, involving the constitutionality of Sunday-closing laws. I have already made reference to *McGowan v. Maryland* and *Braunfeld v.*

Dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, la Cour a eu l'occasion d'étudier la jurisprudence canadienne antérieure à la *Charte*, ainsi que certaines décisions américaines concernant la constitutionnalité de lois de fermeture le dimanche. Je tiens à éviter de reprendre l'ensemble de ce qui a été dit dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, mais un certain examen renouvelé de la jurisprudence et des questions particulièrement apparentées aux différentes considérations en cause dans les présents pourvois sera, je l'espère, utile.

Le seul arrêt canadien auquel je souhaite me référer est *Robertson and Rosetanni*. On a prétendu dans cette affaire que la *Loi sur le dimanche* était incompatible avec l'al. 1*c*) de la *Déclaration canadienne des droits* et, par voie de conséquence, inopérante. Les juges formant la majorité dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni* ont étudié les effets de la *Loi sur le dimanche* sur la liberté de culte pour conclure qu'ils étaient de nature purement laïque. Aux pages 657 et 658, le juge Ritchie écrit:

> [TRADUCTION] ... je ne puis rien trouver dans cette Loi qui porte atteinte à la liberté de croyance et de pratique religieuse d'aucun citoyen de ce pays. Ni la libre profession de la foi religieuse ni sa propagation ne sont d'aucune manière entravées.
>
> Pour ceux à qui leur religion impose l'observance d'un jour de repos autre que le dimanche, l'effet pratique de cette Loi est purement séculier et financier du fait qu'ils sont obligés de s'abstenir de travailler ou de faire des affaires le dimanche aussi bien que le jour de repos qu'ils observent. En certains cas, c'est sans doute un inconvénient dans les affaires, mais il n'y a ni suppression, ni diminution, ni transgression de la liberté de religion ...

Comme ce point n'est pas débattu davantage, on ne peut que déduire que la conclusion du juge Ritchie à cet égard est fondée sur le caractère indirect des effets de l'obligation de fermer le dimanche sur la pratique religieuse des détaillants qui observent le samedi.

La jurisprudence américaine particulièrement utile aux fins des présents pourvois consiste en quatre arrêts, rendus simultanément en 1961 par la Cour suprême des États-Unis et portant sur la constitutionnalité de lois de fermeture le dimanche. J'ai déjà mentionné les arrêts *McGowan v.*

Brown. The others were: *Two Guys from Harrison-Allentown, Inc. v. McGinley*, 366 U.S. 582 (1961), and *Gallagher v. Crown Kosher Super Market of Massachusetts, Inc.*, 366 U.S. 617 (1961). In considering these cases it is important to bear in mind the differences between the Canadian and American constitutions, not just in respect of the wording of the provisions relating to religion, but also regarding the absence of a provision such as s. 1 of the Canadian *Charter* in the American instrument. It was argued in these cases that various State laws requiring Sunday closing were contrary to the "establishment clause" and the "free exercise clause" of the First Amendment to the American Constitution, which provides in material part:

> Congress shall make no law respecting an establishment of religion, or prohibiting the free exercise thereof; . . .

All of these challenges were rejected by a majority of the Court in each case, notwithstanding that the laws there in issue, unlike the *Retail Business Holidays Act*, were undoubtedly intended, at the time of their passage, to enforce Sunday observance in the religious sense and even retained references to the "Lord's Day" and, in some cases, "desecration of the Sabbath".

In *Big M Drug Mart Ltd.* the Court noted the use by the majority of the United States Supreme Court of a concept of "shifting legislative purpose", whereby the purpose underlying the laws was seen to have shifted from religious to secular concerns. The majority of the U.S. Supreme Court thereby sustained the legislation from attack under the "establishment clause", which prohibits state sponsorship of religion. This Court declined to import the "shifting purpose" doctrine into Canadian jurisprudence and the purpose of the *Lord's Day Act* was consequently held, in *Big M Drug Mart Ltd.*, to infringe the right to be free from conforming to religious dogma.

Maryland et *Braunfeld v. Brown*. Voici les autres: *Two Guys from Harrison-Allentown, Inc. v. McGinley*, 366 U.S. 582 (1961), et *Gallagher v. Crown Kosher Super Market of Massachusetts, Inc.*, 366 U.S. 617 (1961). En examinant ces arrêts, il est important de garder à l'esprit les différences qu'il y a entre les constitutions canadienne et américaine, non seulement en ce qui concerne le texte des dispositions relatives à la religion, mais aussi sur le plan de l'absence dans le document américain d'une disposition comparable à l'article premier de la *Charte canadienne*. On a fait valoir, dans ces affaires, que les diverses lois des États prescrivant la fermeture le dimanche enfreignaient la «clause de non-établissement» et la «clause du libre exercice» d'une religion du Premier amendement de la Constitution américaine, dont la partie qui nous intéresse se lit ainsi:

> [TRADUCTION] Le Congrès ne fera aucune loi relativement à l'établissement d'une religion ou en interdisant le libre exercice . . .

Dans chaque cas, la Cour a rejeté à la majorité toutes ces attaques malgré le fait que les lois qui étaient en cause, à la différence de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, avaient indubitablement pour but, à l'époque de leur adoption, de rendre obligatoire l'observance du dimanche au sens religieux et qu'elles avaient même conservé certaines mentions du «jour du Seigneur» et, dans certains cas, de la «profanation du sabbat».

Dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, la Cour a souligné le recours par les juges formant la majorité de la Cour suprême des États-Unis à la notion de [TRADUCTION] «l'objet changeant d'une loi», selon laquelle l'objet visé par ces lois était considéré comme ayant passé d'un intérêt religieux à un intérêt laïque. Les juges formant la majorité de la Cour suprême des États-Unis ont ainsi décliné toute attaque contre la loi fondée sur la «clause de non-établissement», qui interdit tout parrainage d'une religion par l'État. Cette Cour a refusé de transposer la théorie de «l'objet changeant» dans la jurisprudence canadienne et a donc jugé, dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, que l'objet de la *Loi sur le dimanche* allait à l'encontre du droit de ne pas être tenu de se conformer à des dogmes religieux.

Of particular interest to the present appeals, however, is the United States Supreme Court's discussion of the "free exercise clause" of the First Amendment. In *Braunfeld v. Brown*, the appellants were Orthodox Jews engaged in the retail business. They contended that a Pennsylvania statute prohibiting retail sales on Sundays, which did not contain any exemption designed to reduce the adverse religious effects of the legislation, compelled them either to forego their Sabbath or suffer a substantial economic loss, to the benefit of non-Sabbatarian competitors.

The opinion of Warren C.J., writing for himself and three other judges, was that the law operated "so as to make the practice of their religious beliefs more expensive": p. 605. All of the other justices agreed with this conclusion. According to the majority, however, it did not necessarily follow that the laws were unconstitutional. The Chief Justice wrote at pp. 606-07:

> If the purpose or effect of a law is to impede the observance of one or all religions or is to discriminate invidiously between religions, that law is constitutionally invalid even though the burden may be characterized as being only indirect. But if the State regulates conduct by enacting a general law within its power, the purpose and effect of which is to advance the State's secular goals, the statute is valid despite its indirect burden on religious observance unless the State may accomplish its purpose by means which do not impose such a burden.

Applying this test, the Chief Justice affirmed the validity of the objective of providing a general day of rest, and assessed the alternative means by which the State's objectives might be achieved without the imposition of such a burden. He was not satisfied with any of the alternatives, including the possibility of a Sabbatarian exemption, and accordingly upheld the legislation.

Frankfurter J. wrote a separate concurring judgment (which is contained in the report of the *McGowan v. Maryland* case), in which Harlan J. concurred. At page 521, he too concluded that the burden on Saturday-observing retailers was "an

Dans les présents pourvois cependant, l'analyse par la Cour suprême des États-Unis de la «clause du libre exercice» du Premier amendement revêt un intérêt particulier. Dans l'arrêt *Braunfeld v. Brown*, les appelants étaient des détaillants juifs orthodoxes. Ils soutenaient qu'une loi de la Pennsylvanie, qui interdisait la vente au détail le dimanche et qui ne comportait aucune exemption destinée à mitiger ses effets religieux préjudiciables, les forçait à renoncer à leur sabbat ou à subir une perte économique importante, au profit de leurs concurrents qui n'observaient pas le sabbat.

Le juge en chef Warren, qui s'est exprimé en son propre nom et en celui de trois autres juges, a estimé que la loi avait pour effet [TRADUCTION] «de rendre la mise en pratique de leurs croyances religieuses plus onéreuse»: à la p. 605. Tous les autres juges se sont dits d'accord avec cette conclusion. Toutefois, selon les juges formant la majorité, il ne s'ensuivait pas nécessairement que ces lois étaient inconstitutionnelles. Le Juge en chef affirme, aux pp. 606 et 607:

> [TRADUCTION] Si une loi a pour objet ou pour effet d'entraver la pratique de quelque religion que ce soit, ou de faire des distinctions injustes entre les religions, cette loi est inconstitutionnelle même si l'entrave en question peut être qualifiée de purement indirecte. Mais, si l'État réglemente la conduite des gens par l'adoption d'une loi de portée générale relevant de sa compétence, qui a pour objet et pour effet de promouvoir les objectifs laïques de l'État, cette loi est valide même si elle entrave indirectement l'observance religieuse, à moins que l'État ne puisse réaliser son objet par des moyens qui ne comportent pas une telle entrave.

En appliquant ce critère, le Juge en chef a confirmé la validité de l'objectif qui consiste à prescrire un jour de repos général et a évalué les moyens subsidiaires par lesquels les objectifs de l'État pourraient être atteints sans l'imposition d'une telle entrave. Aucune des solutions de rechange ne l'ayant satisfait, y compris la possibilité d'une exemption sabbatique, il a donc maintenu la loi.

Le juge Frankfurter a écrit une opinion distincte concordante (que l'on trouve dans l'arrêt *McGowan v. Maryland*) à laquelle le juge Harlan a souscrit. À la page 521, il conclut lui aussi que le fardeau imposé aux détaillants qui observent le

incident of the only feasible means" to achieve the legislative objective.

Brennan J. dissented. He characterized the issue as whether a State may put an individual to a choice between his business and his religion. In his view, the State's interest in having everyone share a common day of rest was not sufficiently compelling to justify the "substantial, though indirect, limitation" on the freedom of religion of Sabbatarian retailers in the absence of a Sabbatarian exemption: p. 614. Stewart J. concurred in the dissent of Brennan J.

Douglas J. also dissented, but on a different basis. (Like Frankfurter J., he wrote a single opinion for all four cases which may be found in the report of *Maryland v. McGowan.*) He was the only one of the Justices to find that the laws retained their original religious purpose. He held the "free exercise clause" to be offended for the same reasons which guided this Court in *Big M Drug Mart Ltd.* At pages 576-77, he said:

> There is an interference with the "free exercise" of religion if what in conscience one can do or omit doing is required because of the religious scruples of the community.

His judgment continued, at p. 577, noting that the economic penalty on Saturday-observers accentuated the unconstitutionality of the laws. It is of considerable interest, however, to record that Douglas J. departed from his colleagues in asserting that First Amendment rights were absolute, that is, not subject to the sort of balancing which is undeniably required in Canada under s. 1 of the *Charter.* At pages 575-76, he said:

> The Court balances the need of the people for rest, recreation, late sleeping, family visiting and the like against the command of the First Amendment that no one need bow to the religious beliefs of another. There is in this realm no room for balancing. I see no place for it in the constitutional scheme .... Any other reading imports, I fear, an element common in other societies but foreign to us. Thus Nigeria in Article 23 of her Constitution, after guaranteeing religious freedom, adds, "Nothing in this section shall invalidate any law that is

samedi est [TRADUCTION] «accessoire au seul moyen réaliste» de réaliser l'objectif de la loi.

Le juge Brennan a été dissident. Selon lui, la question en litige était de savoir si l'État peut obliger un particulier à choisir entre son commerce et sa religion. Il a estimé que l'intérêt qu'a l'État à ce que tous partagent un jour de repos commun n'est pas suffisamment impérieux pour justifier cette [TRADUCTION] «restriction importante, quoique indirecte,» à la liberté de religion des détaillants qui observent le sabbat en l'absence d'une exemption sabbatique: à la p. 614. Le juge Stewart a souscrit à la dissidence du juge Brennan.

Le juge Douglas était lui aussi dissident, mais pour un motif différent. (À l'instar du juge Frankfurter, il a écrit pour les quatre affaires une seule opinion que l'on peut trouver dans l'arrêt *Maryland v. McGowan.*) Il a été le seul juge à conclure que ces lois conservaient leur objet religieux initial. Il a jugé que la «clause du libre exercice» était enfreinte pour les mêmes raisons qui ont guidé cette Cour dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* Aux pages 576 et 577, il dit:

> [TRADUCTION] Il y a atteinte au «libre exercice» de la religion si ce qu'en conscience on peut faire ou ne pas faire est requis en raison des scrupules religieux de la collectivité.

Dans son jugement, il poursuit, à la p. 577, en faisant remarquer que la pénalité économique imposée à ceux qui observent le samedi accentue l'inconstitutionnalité de ces lois. Toutefois, il est très intéressant de noter que le juge Douglas se démarque de ses collègues quand il affirme que les droits consacrés par le Premier amendement sont absolus, c'est-à-dire non assujettis au genre d'évaluation qui est incontestablement requis au Canada en vertu de l'article premier de la *Charte.* Aux pages 575 et 576, il dit:

> [TRADUCTION] La Cour évalue le besoin qu'ont les gens de se reposer, de se détendre, de prolonger leur sommeil, de rendre visite à leur famille, etc., et le précepte du Premier amendement selon lequel personne n'a à s'incliner devant les croyances religieuses d'un autre. Il n'y a pas de place pour l'évaluation en la matière. Je ne vois aucune place pour elle dans le schéma constitutionnel ... Toute autre interprétation introduit, je le crains, un élément fréquemment rencontré dans les autres sociétés, mais qui nous est étranger.

reasonably justified in a democratic society in the interest of defence, public safety, public order, public morality, or public health." And see Article 25 of the Indian Constitution.

Ainsi le Nigéria, à l'article 23 de sa Constitution, ajoute, après avoir garanti la liberté religieuse: «Rien dans cet article n'a pour effet d'invalider toute loi raisonnablement justifiée dans une société démocratique dans l'intérêt de la défense, de la sécurité publique, de l'ordre public, de la moralité publique ou de la santé publique». Voir aussi l'article 25 de la Constitution indienne.

In summary, then, all nine members of the Court held that Sunday-closing laws imposed an indirect economic burden on Saturday-observing retailers. Six of the justices regarded this burden as a necessary incident of achieving a valid legislative objective. Two of the justices would have required a Sabbatarian exemption. The remaining judge considered the absence of a "reasonable limits" clause in the American Constitution to be determinative. I agree with Douglas J.'s assessment that the majority was engaged in a balancing process which, under a constitution like Canada's, would properly be dealt with under a justificatory provision such as s. 1.

En bref donc, tous les neuf juges de la Cour ont conclu que les lois de fermeture le dimanche imposaient un fardeau économique indirect aux détaillants qui observent le samedi. Six des juges ont considéré ce fardeau comme nécessairement accessoire à la réalisation d'un objectif législatif régulier. Deux des juges auraient exigé une exemption sabbatique. Le dernier juge a tenu pour décisive l'absence d'une clause des «limites raisonnables» dans la Constitution américaine. Je souscris à l'appréciation du juge Douglas portant que les juges formant la majorité étaient engagés dans un processus d'évaluation qui, dans le cas d'une constitution comme celle du Canada, peut à bon droit faire l'objet d'un examen en vertu d'une disposition justificative comme l'article premier.

I now turn to this Court's decision in *Big M Drug Mart Ltd.* for a definition of freedom of religion under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*. At pages 336-37, the majority adopted the following words:

J'en viens maintenant à l'arrêt de cette Cour *Big M Drug Mart Ltd.* pour ce qui est de définir la liberté de religion dont il est question dans la *Charte canadienne des droits et libertés*. Aux pages 336 et 337, les juges formant la majorité affirment ceci:

A truly free society is one which can accommodate a wide variety of beliefs, diversity of tastes and pursuits, customs and codes of conduct. A free society is one which aims at equality with respect to the employment of fundamental freedoms and I say this without any reliance upon s. 15 of the *Charter*. Freedom must surely be founded in respect for the inherent dignity and the inviolable rights of the human person. The essence of the concept of freedom of religion is the right to entertain such religious beliefs as a person chooses, the right to declare religious beliefs openly and without fear of hindrance or reprisal, and the right to manifest religious belief by worship and practice or by teaching and dissemination. But the concept means more than that.

Une société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite. Une société libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j'affirme cela sans m'appuyer sur l'art. 15 de la *Charte*. La liberté doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l'être humain. Le concept de la liberté de religion se définit essentiellement comme le droit de croire ce que l'on veut en matière religieuse, le droit de professer ouvertement des croyances religieuses sans crainte d'empêchement ou de représailles et le droit de manifester ses croyances religieuses par leur mise en pratique et par le culte ou par leur enseignement et leur propagation. Toutefois, ce concept signifie beaucoup plus que cela.

Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot

La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une condition que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne

be said to be truly free. One of the major purposes of the *Charter* is to protect, within reason, from compulsion or restraint. Coercion includes not only such blatant forms of compulsion as direct commands to act or refrain from acting on pain of sanction, coercion includes indirect forms of control which determine or limit alternative courses of conduct available to others. Freedom in a broad sense embraces both the absence of coercion and constraint, and the right to manifest beliefs and practices. Freedom means that, subject to such limitations as are necessary to protect public safety, order, health, or morals or the fundamental rights and freedoms of others, no one is to be forced to act in any way contrary to his beliefs or his conscience.

(Emphasis added.)

The Court was concerned in that case with a direct command, on pain of sanction, to conform to a particular religious precept. The appeals with which we are now concerned are alleged to involve two forms of coercion. First, it is argued that the *Retail Business Holidays Act* makes it more expensive for retailers and consumers who observe a weekly day of rest other than Sunday to practise their religious tenets. In this manner, it is said, the Act indirectly coerces these persons to forego the practice of a religious belief. Second, it is submitted that the Act has the direct effect of compelling non-believers to conform to majoritarian religious dogma, by requiring retailers to close their stores on Sunday.

The first question is whether indirect burdens on religious practice are prohibited by the constitutional guarantee of freedom of religion. In my opinion indirect coercion by the state is comprehended within the evils from which s. 2(*a*) may afford protection. The Court said as much in the *Big M Drug Mart Ltd.* case and any more restrictive interpretation would, in my opinion, be inconsistent with the Court's obligation under s. 27 to preserve and enhance the multicultural heritage of Canadians. Although the Court apparently reached a different conclusion in *Robertson and Rosetanni* in respect of the protection afforded under the *Canadian Bill of Rights*, I would follow

peut pas dire qu'elle est vraiment libre. L'un des objectifs importants de la *Charte* est de protéger, dans des limites raisonnables, contre la coercition et la contrainte. La coercition comprend non seulement la contrainte flagrante exercée, par exemple, sous forme d'ordres directs d'agir ou de s'abstenir d'agir sous peine de sanction, mais également les formes indirectes de contrôle qui permettent de déterminer ou de restreindre les possibilités d'action d'autrui. La liberté au sens large comporte l'absence de coercition et de contrainte et le droit de manifester ses croyances et pratiques. La liberté signifie que, sous réserve des restrictions qui sont nécessaires pour préserver la sécurité, l'ordre, la santé ou les mœurs publics ou les libertés et droits fondamentaux d'autrui, nul ne peut être forcé d'agir contrairement à ses croyances ou à sa conscience.

(C'est moi qui souligne.)

La Cour était saisie, dans cette affaire, d'un ordre direct de se conformer, sous peine de sanction, à un précepte religieux particulier. Les pourvois dont nous sommes saisis en l'espèce mettent en cause, prétend-on, deux formes de coercition. Premièrement, on fait valoir que la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* rend plus onéreuse pour les détaillants et consommateurs qui observent un jour de repos hebdomadaire autre que le dimanche la mise en pratique de leurs préceptes religieux. De cette manière, dit-on, la Loi contraint indirectement ces personnes à renoncer à la pratique d'une croyance religieuse. En second lieu, on fait valoir que la Loi a pour effet direct de forcer les incroyants à se conformer au dogme religieux de la majorité, en obligeant les détaillants à fermer leurs magasins le dimanche.

La première question est de savoir si les entraves indirectes à la pratique religieuse sont prohibées en vertu de la liberté de religion garantie par la Constitution. À mon avis, la coercition indirecte par l'État fait partie des maux contre lesquels l'al. 2*a*) peut accorder une protection. La Cour est allée jusque là dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* et toute interprétation plus restrictive serait, à mon avis, incompatible avec l'obligation qui incombe à la Cour, en vertu de l'art. 27, de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens. Bien que la Cour paraisse être arrivée à une conclusion différente dans l'arrêt *Robertson and Rosetanni* quant à la protection

Big M Drug Mart Ltd. in declining to be bound by jurisprudence interpreting an instrument which purported only to reaffirm pre-existing rights and freedoms. It matters not, I believe, whether a coercive burden is direct or indirect, intentional or unintentional, foreseeable or unforeseeable. All coercive burdens on the exercise of religious beliefs are potentially within the ambit of s. 2(*a*).

qu'offre la *Déclaration canadienne des droits*, je suis d'avis de suivre l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.* et de refuser d'être lié par une jurisprudence qui interprète un instrument qui n'a pour objet que de réaffirmer des droits et libertés préexistants. Je crois qu'il est sans importance que la coercition soit directe ou indirecte, délibérée ou involontaire, prévisible ou imprévisible. Toute entrave coercitive à l'exercice de croyances religieuses relève potentiellement de l'al. 2*a*).

This does not mean, however, that every burden on religious practices is offensive to the constitutional guarantee of freedom of religion. It means only that indirect or unintentional burdens will not be held to be outside the scope of *Charter* protection on that account alone. Section 2(*a*) does not require the legislatures to eliminate every miniscule state-imposed cost associated with the practice of religion. Otherwise the *Charter* would offer protection from innocuous secular legislation such as a taxation act that imposed a modest sales tax extending to all products, including those used in the course of religious worship. In my opinion, it is unnecessary to turn to s. 1 in order to justify legislation of that sort. The purpose of s. 2(*a*) is to ensure that society does not interfere with profoundly personal beliefs that govern one's perception of oneself, humankind, nature, and, in some cases, a higher or different order of being. These beliefs, in turn, govern one's conduct and practices. The Constitution shelters individuals and groups only to the extent that religious beliefs or conduct might reasonably or actually be threatened. For a state-imposed cost or burden to be proscribed by s. 2(*a*) it must be capable of interfering with religious belief or practice. In short, legislative or administrative action which increases the cost of practising or otherwise manifesting religious beliefs is not prohibited if the burden is trivial or insubstantial: see, on this point, *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284, *per* Wilson J. at p. 314.

Cela ne veut pas dire cependant que toute entrave à certaines pratiques religieuses porte atteinte à la liberté de religion garantie par la Constitution. Cela signifie uniquement qu'une entrave indirecte ou involontaire ne sera pas, de ce seul fait, considérée comme non assujettie à la protection de la *Charte*. L'alinéa 2*a*) n'exige pas que les législatures éliminent tout coût, si infime soit-il, imposé par l'État relativement à la pratique d'une religion. Autrement, la *Charte* offrirait une protection contre une mesure législative laïque aussi inoffensive qu'une loi fiscale qui imposerait une taxe de vente modeste sur tous les produits, y compris ceux dont on se sert pour le culte religieux. À mon avis, il n'est pas nécessaire d'invoquer l'article premier pour justifier une telle mesure législative. L'alinéa 2*a*) a pour objet d'assurer que la société ne s'ingérera pas dans les croyances intimes profondes qui régissent la perception qu'on a de soi, de l'humanité, de la nature et, dans certains cas, d'un être supérieur ou différent. Ces croyances, à leur tour, régissent notre comportement et nos pratiques. La Constitution ne protège les particuliers et les groupes que dans la mesure où des croyances ou un comportement d'ordre religieux pourraient être raisonnablement ou véritablement menacés. Pour qu'un fardeau ou un coût imposé par l'État soit interdit par l'al. 2*a*), il doit être susceptible de porter atteinte à une croyance ou pratique religieuse. Bref, l'action législative ou administrative qui accroît le coût de la pratique ou de quelque autre manifestation des croyances religieuses n'est pas interdite si le fardeau ainsi imposé est négligeable ou insignifiant: voir à ce sujet l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284, le juge Wilson, à la p. 314.

I propose, shortly, to apply the above principles to the legislation under review. First, however, I wish to consider the second form of religious coercion allegedly flowing from the Act. It is of a different nature entirely since it involves not the freedom affirmatively to practise one's religious beliefs, but rather the freedom to abstain from the religious practices of others. The *Retail Business Holidays Act* prevents some retailers from selling their products on Sundays. Longo Brothers submits that these effects are identical to those which flow from any other form of Sunday closing legislation, including the *Lord's Day Act*, and submits that the Act thereby requires retailers to conform to the religious practices of dominant Christian sects.

In *Big M Drug Mart Ltd.* this Court acknowledged that freedom of conscience and religion included the freedom to express and manifest religious non-belief and the freedom to refuse to participate in religious practice: p. 347. These freedoms, which may compendiously be referred to as the freedom from conformity to religious dogma, are governed by somewhat different considerations than the freedom to manifest one's own religious beliefs. Religious freedom is inevitably abridged by legislation which has the effect of impeding conduct integral to the practice of a person's religion. But it is not necessarily impaired by legislation which requires conduct consistent with the religious beliefs of another person. One is not being compelled to engage in religious practices merely because a statutory obligation coincides with the dictates of a particular religion. I cannot accept, for example, that a legislative prohibition of criminal conduct such as theft and murder is a state-enforced compulsion to conform to religious practices, merely because some religions enjoin their members not to steal or kill. Reasonable citizens do not perceive the legislation as requiring them to pay homage to religious doctrine. As Tarnopolsky J.A. stated at p. 422:

Je me propose brièvement d'appliquer les principes susmentionnés à la loi soumise à notre examen. Toutefois, je tiens d'abord à examiner la seconde forme de coercition religieuse qui découlerait de la Loi. Elle est d'une nature entièrement différente puisqu'elle met en cause non pas la liberté affirmative de mettre en pratique ses croyances religieuses, mais plutôt la liberté de s'abstenir de se conformer aux pratiques religieuses d'autrui. La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* empêche certains détaillants de vendre leurs produits le dimanche. Longo Brothers fait valoir que ces effets sont identiques à ceux qui découlent de toute autre forme de législation de fermeture le dimanche, y compris la *Loi sur le dimanche*, aussi prétend-elle que la Loi oblige de ce fait les détaillants à se conformer aux pratiques religieuses des sectes chrétiennes dominantes.

Dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, la Cour a reconnu que la liberté de conscience et de religion comprend la liberté d'expression et de manifestation d'incroyance religieuse et la liberté de refuser d'observer les pratiques religieuses: à la p. 347. Ces libertés, qu'on peut globalement qualifier de liberté de ne pas se conformer à des dogmes religieux, sont régies par des considérations quelque peu différentes de celle qu'est la liberté de manifester ses propres croyances religieuses. La liberté religieuse est inévitablement diminuée par une loi qui a pour effet d'entraver une conduite qui fait partie intégrante de la pratique de la religion d'une personne. Mais elle n'est pas nécessairement diminuée par une loi qui prescrit une conduite conforme aux croyances religieuses d'une autre personne. On n'est pas forcé de s'adonner à la pratique religieuse simplement parce qu'une obligation légale coïncide avec les préceptes d'une religion particulière. Je ne puis accepter par exemple que la prohibition légale d'une conduite criminelle, comme le vol et le meurtre, constitue une contrainte exercée par l'État de respecter certaines pratiques religieuses simplement parce que certaines religions interdisent à leurs fidèles de voler ou de tuer. Les citoyens raisonnables ne considèrent pas qu'une telle loi les oblige à rendre hommage à une doctrine religieuse. Comme l'affirme le juge Tarnopolsky à la p. 422:

While freedom of conscience necessarily includes the right not to have a religious basis for one's conduct, it does not follow that one can rely upon the Charter protection of freedom of conscience to object to an enforced holiday simply because it happens to coincide with someone else's sabbath.

The majority judgment of the Court in *Big M Drug Mart Ltd.* was careful, in defining the freedom from conformity to religious dogma, to restrict its applicability to circumstances when the impugned legislation was motivated by a religious purpose:

> What may appear good and true to a majoritarian religious group, or to the state acting at their behest, may not, for religious reasons, be imposed upon citizens who take a contrary view. [p. 337]
>
> If I am a Jew or a Sabbatarian or a Muslim, the practice of my religion at least implies my right to work on a Sunday if I wish. It seems to me that any law purely religious in purpose, which denies me that right, must surely infringe my religious freedom. [p. 338]
>
> For the present case it is sufficient in my opinion to say that whatever else freedom of conscience and religion may mean, it must at the very least mean this: government may not coerce individuals to affirm a specific religious belief or to manifest a specific religious practice for a sectarian purpose. [p. 347]
>
> In my view, the guarantee of freedom of conscience and religion prevents the government from compelling individuals to perform or abstain from performing otherwise harmless acts because of the religious significance of those acts to others. [p. 350]

(Emphasis added.)

In my view, legislation with a secular inspiration does not abridge the freedom from conformity to religious dogma merely because statutory provisions coincide with the tenets of a religion. I leave open the possibility, however, that such legislation might limit the freedom of conscience and religion of persons whose conduct is governed by an intention to express or manifest his or her non-conformity with religious doctrine. None of the retail stores involved in the present appeals has established that it was open on Sunday for any

[TRADUCTION] Si la liberté de conscience inclut nécessairement le droit de ne pas fonder son comportement sur la religion, il ne s'ensuit pas qu'on puisse invoquer la protection accordée par la *Charte* à la liberté de conscience pour s'opposer à un jour de congé obligatoire, simplement parce qu'il se trouve à coïncider avec le sabbat de quelqu'un d'autre.

Dans l'arrêt de cette Cour *Big M Drug Mart Ltd.*, les juges formant la majorité prennent soin, dans leur définition de la liberté de ne pas se conformer à des dogmes religieux, de restreindre son applicabilité aux cas où la loi attaquée a été motivée par un objet religieux:

> Une majorité religieuse, ou l'État à sa demande, ne peut, pour des motifs religieux, imposer sa propre conception de ce qui est bon et vrai aux citoyens qui ne partagent pas le même point de vue. [à la p. 337]
>
> Si je suis juif, sabbataire ou musulman, la pratique de ma religion implique à tout le moins le droit de travailler le dimanche si je le veux. Il me semble que toute loi ayant un objet purement religieux qui me prive de ce droit doit sûrement porter atteinte à ma liberté de religion. [à la p. 338]
>
> Aux fins de la présente espèce, il me paraît suffisant d'affirmer que, quels que soient les autres sens que peut avoir la liberté de conscience et de religion, elle doit à tout le moins signifier ceci: le gouvernement ne peut, dans un but sectaire, contraindre des personnes à professer une foi religieuse ou à pratiquer une religion en particulier. [à la p. 347]
>
> À mon avis, la garantie de la liberté de conscience et de religion empêche le gouvernement d'obliger certaines personnes à accomplir ou à s'abstenir d'accomplir des actes par ailleurs irrépréhensibles simplement à cause de l'importance sur le plan religieux que leur attribuent d'autres personnes. [à la p. 350]

(C'est moi qui souligne.)

À mon avis, une loi d'inspiration laïque ne porte pas atteinte à la liberté de ne pas se conformer à des dogmes religieux simplement parce que certaines de ses dispositions coïncident avec les préceptes d'une religion. Je ne me prononce pas cependant sur la possibilité qu'une telle loi puisse limiter la liberté de conscience et de religion de ceux dont le comportement est régi par l'intention d'exprimer ou de manifester leur inobservance d'une doctrine religieuse. Aucun des commerces de détail en cause dans les présents pourvois n'a démontré qu'il

purpose other than to make money. Accordingly, there is no evidentiary foundation to substantiate the contention of some of the retailers that their freedom from conforming to religious doctrine has been abridged. The second form of coercion allegedly flowing from the *Retail Business Holidays Act* has not been established in these appeals.

It therefore remains only to consider the impact of the Act with a view to determining whether it significantly impinges on the freedom to manifest or practise religious beliefs.

(B) The Impact of the *Retail Business Holidays Act*

The Act has a different impact on persons with different religious beliefs. Four classes of persons might be differently affected: those not observing any religious day of rest, those observing Sundays, those observing Saturdays, and those observing some other day of the week.

(i) *Non-Observers*

Consider, first, the persons who do not subscribe as a matter of faith to a duty to refrain from working or shopping on any specified day of the week. Included in this group are agnostics, adherents to faiths which do not prescribe a weekly day of rest, and persons who, although belonging to religious groups whose teachings may include the observance of a day of rest, do not personally feel a moral compulsion to conform to this particular religious injunction. For convenience, I refer to this varied constituency as the "non-observers".

The Act prevents non-observing retailers who cannot fit themselves within one of the statutory exemptions from doing business on Sundays. In the absence of the Act, these retailers would be able to transact business on seven days of the week, and they would have a competitive advan-

était ouvert le dimanche dans quelque autre but que de faire de l'argent. Par conséquent, aucun fondement probatoire ne justifie la prétention de certains de ces détaillants qu'il y a eu atteinte à leur liberté de ne pas se conformer à une doctrine religieuse. On n'a pas démontré, dans les présents pourvois, l'existence de la seconde forme de coercition qui découlerait de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail.*

Il ne reste donc qu'à examiner les répercussions de la Loi pour voir si elle empiète sensiblement sur la liberté de manifester ou de mettre en pratique des croyances religieuses.

B) Les répercussions de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*

La Loi a des répercussions différentes sur les personnes qui ont des croyances religieuses différentes. Quatre catégories de personnes pourraient être touchées d'une manière différente: celles qui n'observent aucun jour de repos religieux, celles qui observent le dimanche, celles qui observent le samedi et celles qui observent un autre jour de la semaine.

(i) *Les personnes qui n'observent aucun jour de repos religieux*

Considérons d'abord les personnes qui, sur le plan de leur foi, ne souscrivent à aucune obligation de s'abstenir de travailler ou de faire des courses un jour précis de la semaine. Font partie de cette catégorie les agnostiques, les adhérents à des confessions qui ne prescrivent aucun jour de repos hebdomadaire et les personnes qui, tout en appartenant à des groupes religieux dont les enseignements peuvent inclure l'observance d'un jour de repos, ne ressentent personnellement aucune obligation morale de se conformer à ce précepte religieux particulier. Pour des motifs de commodité, j'appellerai cette catégorie disparate les «non-pratiquants».

La Loi empêche les détaillants non pratiquants qui ne peuvent profiter de l'une des exemptions légales de faire des affaires le dimanche. En l'absence de la Loi, ces détaillants pourraient faire des affaires sept jours sur sept et ils jouiraient d'un avantage d'ordre concurrentiel à cet égard par

tage in this respect relative to retailers whose religious beliefs required closing on Saturdays, Sundays, or any other day of the week. The adverse effects of the Act on non-observing retailers are not substantially reduced by s. 3(4): they must still close their businesses one day of each week.

For reasons which I have outlined above, however, the effects of the Act on non-observing retailers are generally secular in nature and do not impair or abridge their freedom of conscience or religion, at least in the absence of convincing evidence that the desire to remain open is motivated by dissentient religious purposes rather than purely business considerations.

(ii) *Sunday Observers*

The Act has a favourable impact on Sunday observers. By requiring some other retailers to refrain from trade on a day of special religious significance to Sunday observers, the latter are relieved of a loss of market share to retailers who would have been open for business on Sunday in the absence of the Act. The cost of religious observance has been decreased for Sunday observers by the enactment of the legislation.

(iii) *Saturday Observers*

There is evidence in the record that it is a religious tenet of the Jewish and Seventh-day Adventist faiths not to work or transact business on Saturdays. Other faiths may also observe Saturday as a religious day of rest, but for the purposes of the present appeals it is the effects on Jews and Seventh-day Adventists that will be considered.

The Attorney General of Ontario submits that any disability suffered by Saturday-observing retailers is a consequence of their religious beliefs, and not of the Act. Even in the absence of the Act, devout Jews and Seventh-day Adventists would close on Saturdays. The effect of the Act is to require them and all other persons, subject to the

rapport aux détaillants tenus par leurs croyances religieuses de fermer le samedi, le dimanche ou quelque autre jour de la semaine. Les effets préjudiciables de la Loi sur les détaillants non pratiquants ne sont pas sensiblement atténués par le par. 3(4): ils doivent toujours fermer leurs commerces une journée par semaine.

Toutefois, pour les raisons que j'ai exposées plus haut, les effets de la Loi sur les détaillants non pratiquants sont en général de nature laïque et ne portent pas atteinte à leur liberté de conscience ou de religion, tout au moins en l'absence d'éléments de preuve concluants que la volonté de demeurer ouvert est animée par des objectifs de dissidence religieuse plutôt que par des considérations purement commerciales.

(ii) *Les personnes qui observent le dimanche*

La Loi a des répercussions favorables sur les personnes qui observent le dimanche. En obligeant certains autres détaillants à s'abstenir de faire des affaires un jour qui revêt une importance religieuse particulière pour ceux qui observent le dimanche, ces derniers évitent la perte d'une partie du marché aux mains des détaillants qui auraient ouvert leurs portes le dimanche en l'absence de la Loi. L'adoption de la Loi a permis de réduire le coût que l'observance religieuse représente pour ceux qui observent le dimanche.

(iii) *Les personnes qui observent le samedi*

D'après certaines preuves versées au dossier, c'est un précepte religieux de la foi juive et de celle des adventistes du septième jour que de s'abstenir de travailler ou de faire des affaires le samedi. Il se peut qu'il y ait d'autres confessions qui observent aussi le samedi comme jour de repos religieux, mais pour les fins des présents pourvois, ce sont les effets sur les juifs et les adventistes du septième jour qui seront examinés.

Le procureur général de l'Ontario soutient que tout désavantage que peuvent subir les détaillants qui observent le samedi est une conséquence de leurs croyances religieuses et non de la Loi. Même en l'absence de la Loi, les adventistes du septième jour et les juifs dévots fermeraient le samedi. La Loi a pour effet de les obliger, comme tout le

exemptions but irrespective of religious persuasion, to close on Sundays. Consequently, it is argued, there is no nexus between the impugned law and the freedom of Saturday observers to exercise their religious beliefs. Professor Petter expressed the argument in the following way in his critique of the Ontario Court of Appeal's decision in the present cases, "Not 'Never on a Sunday': *R. v. Videoflicks Ltd. et al.*" (1984-85), 49 *Sask. Law Rev.* 96, at pp. 98-99:

It is not the legislation which causes the financial burden; it is the religion itself.

Consider the following example. Suppose that all Sunday closing legislation, provincial and federal, were repealed tomorrow. Would the repeal of this legislation eliminate the financial burden suffered by persons who observe a Friday or Saturday Sabbath? Clearly it would not: while persons who do not observe a Sabbath would be able to open their stores seven days a week, persons who observe a Friday or Saturday Sabbath would be able to open their stores only six days a week. What is the cause of this burden? Clearly the cause is the religious requirement that one abstain from work on one's Sabbath. To suggest otherwise would be to imply a positive obligation upon the state to protect persons from any economic hardship which might arise as a result of their religious practices. Yet this is an untenable position which goes far beyond even the broad definition of freedom of religion adopted by the Court of Appeal. It would mean that if just one person could demonstrate that her sincere religious beliefs required her to close her store for five days each week, the state would be required to compel all others to close their stores for five days each week.

Professor Petter then explains that the true effect of the Act is only to confer a benefit on Sunday observers.

In view of the characteristics of the retail industry described in the *Report on Sunday Observance Legislation*, I find myself unable to draw such a neat distinction between benefits accruing to Sunday-observing retailers and burdens imposed on Saturday observers. The Report refers on numerous occasions to the highly competitive nature of the retail industry, such that an increase in sales by one individual retailer occasioned by

monde, sous réserve des exemptions mais indépendamment de leurs convictions religieuses, à fermer le dimanche. Il s'ensuit, fait-on valoir, qu'il n'y a pas de lien entre la loi attaquée et la liberté de ceux qui observent le samedi de mettre en pratique leurs croyances religieuses. Le professeur Petter expose ainsi l'argument dans sa critique de l'arrêt rendu en l'espèce par la Cour d'appel de l'Ontario: «Not 'Never on a Sunday': *R. v. Videoflicks Ltd. et al.*» (1984-85), 49 *Sask. Law Rev.* 96, aux pp. 98 et 99:

[TRADUCTION] Ce n'est pas la loi qui engendre le fardeau financier; c'est la religion elle-même.

Considérons l'exemple suivant. Supposons que toute les lois de fermeture le dimanche, provinciales et fédérales, sont abrogées demain matin. L'abrogation de ces lois aurait-elle pour effet d'éliminer le fardeau financier de ceux qui observent le vendredi ou le samedi comme jour de sabbat? Certainement pas: alors que ceux qui n'observent pas un jour de sabbat pourraient ouvrir leurs commerces sept jours sur sept, ceux qui observent le vendredi ou le samedi comme jour de sabbat ne pourraient ouvrir les leurs que six jours par semaine. Quelle est la cause de ce fardeau? Manifestement, c'est l'obligation religieuse de s'abstenir de travailler le jour du sabbat. Prétendre le contraire reviendrait à supposer que l'État a l'obligation formelle de protéger les gens contre tout préjudice économique qui pourrait résulter de leur pratique religieuse. Et pourtant, c'est là une position insoutenable, qui va même bien au-delà de la définition générale de la liberté de religion adoptée par la Cour d'appel. Cela signifierait que même dans le cas où une seule personne pourrait démontrer que ses croyances religieuses sincères l'obligent à fermer son commerce cinq jours par semaine, l'État serait alors obligé de forcer toutes les autres à fermer également leurs portes cinq jours par semaine.

Le professeur Petter explique ensuite que la Loi n'a véritablement pour effet que de conférer un avantage à ceux qui observent le dimanche.

Vu les caractéristiques du secteur du commerce de détail décrit dans le *Report on Sunday Observance Legislation*, je me vois dans l'impossibilité de faire une distinction aussi nette entre les avantages dont bénéficient les détaillants qui observent le dimanche et les fardeaux imposés à ceux qui observent le samedi. Le Rapport parle à maintes reprises de la nature extrêmement concurrentielle du commerce de détail, qui fait qu'une augmenta-

that retailer's marketing practices tends to result in significant decreases in the sales of other retailers. It follows that if the Act confers an advantage on Sunday-observing retailers relative to Saturday-observing retailers, the latter are burdened by the legislation.

A careful comparison of the effects of Sunday closing legislation on different religious groups clearly demonstrates the manner in which the burden flows from the legislation. In the absence of legislative intervention, the Saturday observer and the Sunday observer would be on a roughly equal footing in competing for shares of the available consumer buying power. Both might operate for a maximum of six days each week. Both would be disadvantaged relative to non-observing retailers who would have the option of a seven day week. On this account, however, they would have no complaint cognizable in law since the disability would be one flowing exclusively from their religious tenets: I agree with Professor Petter that the state is normally under no duty under s. 2(*a*) to take affirmative action to eliminate the natural costs of religious practices. But, exemptions aside, the *Retail Business Holidays Act* has the effect of leaving the Saturday observer at the same natural disadvantage relative to the non-observer and adding the new, purely statutory disadvantage of being closed an extra day relative to the Sunday observer. Just as the Act makes it less costly for Sunday observers to practise their religious beliefs, it thereby makes it more expensive for some Jewish and Seventh-day Adventist retailers to practise theirs.

It is apparent from the above analysis that the competitive disadvantage experienced by non-exempt Saturday-observing retailers as a result of the Act is at the hands of Sunday-observing retailers. The *Report on Sunday Observance Legislation*, at p. 269, refers to persons attending church

tion des ventes que connaît un détaillant en raison de ses pratiques de mise en marché a tendance à entraîner une diminution importante des ventes d'autres détaillants. Il s'ensuit que si la Loi confère un avantage aux détaillants qui observent le dimanche par rapport aux détaillants qui observent le samedi, la Loi impose alors un fardeau à ces derniers.

Une comparaison attentive des effets des lois de fermeture le dimanche sur différents groupes religieux démontre clairement comment ce fardeau découle de ces lois. En l'absence d'intervention législative, la personne qui observe le samedi et celle qui observe le dimanche seraient à peu près sur un pied d'égalité lorsqu'il s'agirait pour elles de se disputer une partie du pouvoir d'achat des consommateurs. Toutes deux pourraient ouvrir leurs commerces pendant tout au plus six jours par semaine. Toutes deux seraient désavantagées par rapport aux détaillants non pratiquants qui auraient la possibilité d'ouvrir leurs portes sept jours sur sept. À cet égard cependant, elles n'auraient pas de recours en droit puisque leur désavantage découlerait exclusivement de leurs principes religieux: je suis d'accord avec le professeur Petter pour dire que l'État n'a normalement aucune obligation en vertu de l'al. 2*a*) de prendre des mesures positives pour éliminer les coûts normaux des pratiques religieuses. Mais, toute exemption mise à part, la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* a pour effet de placer celui qui observe le samedi dans la même situation de désavantage normal par rapport au non-pratiquant, et d'ajouter le nouveau désavantage, purement légal, d'avoir à fermer un jour de plus par rapport à celui qui observe le dimanche. Tout comme elle rend moins coûteuse la pratique des croyances religieuses pour ceux qui observent le dimanche, la Loi a en même temps pour effet de rendre cette pratique plus onéreuse pour certains détaillants juifs et adventistes du septième jour.

Il ressort de l'analyse qui précède que le désavantage d'ordre concurrentiel que subissent en raison de la Loi les détaillants qui observent le samedi sans pouvoir bénéficier d'une exemption, profite aux détaillants qui observent le dimanche. Le *Report on Sunday Observance Legislation*

on Sundays as "a substantial minority of the population". On the only evidence before the Court, I therefore do not think that the competitive pressure on non-exempt retailers to abandon the observance of a Saturday Sabbath can be characterized as insubstantial or trivial. It follows that their freedom of religion is abridged by the Act.

It is important to recognize, however, that not all Saturday-observing retailers are detrimentally affected. The Act is not merely neutral in its impact on those Jewish and Seventh-day Adventist retailers who can practically comply with the employee and square-footage limits of s. 3(4). It confers a benefit by placing them on a roughly equal competitive footing with non-observing retailers, who, in the absence of legislative intervention, would be free to transact business seven days per week. The effect of the Act, far from producing a systematic discriminatory burden on all retailers of a particular faith, is to benefit some while burdening others.

Finally, I note that the Act also imposes a burden on Saturday-observing consumers. For single parent families or two-parent families with both spouses working from Monday to Friday, the weekend is a time to do the things one did not have time to do during the week. The Act does not impair the ability of Sunday observers to go shopping or seek professional services on Saturdays, but it does circumscribe that of the Saturday observer on Sundays. Although there is no evidence before the Court of the degree to which shopping variety is restricted on Sundays, I am prepared to assume for the purposes of these appeals that the burden on Saturday-observing consumers is substantial and constitutes an abridgment of their religious freedom. I note that the burden may be particularly onerous on Jewish consumers who rely on retailers such as Nortown Foods Ltd. to supply them with foodstuffs that conform to religious dietary laws, although, once again, I must observe that there is no evidence

décrit, à la p. 269, ceux qui vont à l'église le dimanche comme étant [TRADUCTION] «une minorité importante de la population». D'après les seuls éléments de preuve dont la Cour est saisie, je ne pense donc pas que la pression de la concurrence exercée sur les détaillants non exemptés pour qu'ils cessent d'observer le samedi comme jour de sabbat puisse être qualifiée de peu importante ou de négligeable. Il s'ensuit que leur liberté de religion est diminuée par la Loi.

Il importe de reconnaître cependant que ce ne sont pas tous les détaillants qui observent le samedi qui subissent un préjudice. La Loi n'est pas seulement neutre quant à ses répercussions sur les détaillants juifs et adventistes du septième jour qui peuvent, en pratique, respecter les limites quant au nombre d'employés et à la surface fixées par le par. 3(4). Elle leur profite aussi en les plaçant à peu près sur un pied d'égalité avec les détaillants non pratiquants, leurs concurrents, qui, en l'absence d'intervention législative, seraient libres de faire des affaires sept jours par semaine. Loin de créer un fardeau systématiquement discriminatoire pour tous les détaillants d'une foi particulière, la Loi a pour effet de profiter à certains tout en en désavantageant d'autres.

Enfin, je remarque que la Loi impose aussi un fardeau aux consommateurs qui observent le samedi. Pour les familles monoparentales ou les familles dont les deux conjoints travaillent du lundi au vendredi, la fin de semaine fournit l'occasion de faire ce qu'on n'a pas le temps de faire pendant la semaine. La Loi ne réduit pas la possibilité de ceux qui observent le dimanche de faire leurs courses ou d'obtenir certains services professionnels le samedi, mais elle la circonscrit pour ceux qui observent le samedi en imposant la fermeture des commerces le dimanche. Quoique la Cour ne soit saisie d'aucun élément de preuve au sujet de la mesure dans laquelle les possibilités de magasinage sont réduites le dimanche, je suis disposé à présumer, pour les fins des présents pourvois, que le fardeau imposé aux consommateurs qui observent le samedi est important et constitue une restriction à leur liberté religieuse. Je souligne que ce fardeau peut être particulièrement onéreux pour les consommateurs juifs qui dépendent de détail-

regarding the degree to which Kosher foods can be purchased from smaller retailers on Sundays.

(iv) *Observers of Another Day of the Week*

In the absence of cogent evidence regarding the nature of Hindu observance of Wednesdays or Moslem observance of Fridays, I am unwilling, and indeed unable, to assess the effects of the Act on members of those religious groups. The record includes only the testimony of Bhulesh Lodhia, the Hindu retailer who testified at the trial of Longo Brothers. Mr. Lodhia acknowledged that the Hindu religion did not have a Sabbath Day, but said that Wednesday was observed as "a day of prayer and that's the day we would prefer closing if given the choice". I infer from this evidence that there is no religious prohibition enjoining adherents from working on Wednesdays, but that there exists some moral obligation to pray on that day. It is unclear to me whether the entire day is to be spent in prayer or whether only a portion or portions of the day are to be set aside for that purpose. The degree to which the Act interferes with the religious practices of Hindus has not been established with sufficient precision to warrant a finding that the Act abridges the religious freedoms of Hindus, particularly in the context of the present cases in which none of the retailers is a member of that faith.

The evidence regarding the Islamic faith is even less adequate. It is contained in its entirety in the following exchange during Mr. Lodhia's examination-in-chief:

> Q. . . . You're a Hindu, what is, to your knowledge, the Sabbath of the Moslem Religion?
>
> A. I believe it is Friday.

This is not a satisfactory foundation upon which to mount a constitutional challenge. Whether the Act

lants comme Nortown Foods Ltd. pour ce qui est d'obtenir de la nourriture conforme aux règles diététiques de leur religion quoique, ici encore, je doive faire observer qu'aucun élément de preuve n'a été offert au sujet de la mesure dans laquelle il est possible d'acheter des aliments cascher chez les petits détaillants le dimanche.

(iv) *Les personnes qui observent un autre jour de la semaine*

En l'absence d'une preuve forte quant à la nature de l'observance du mercredi par les hindous ou de celle du vendredi par les musulmans, je ne veux pas, et d'ailleurs je ne suis pas en mesure de le faire, évaluer les effets de la Loi sur les membres de ces groupes religieux. Le dossier ne comporte que la déposition de Bhulesh Lodhia, le détaillant hindou qui a témoigné au procès de Longo Brothers. Monsieur Lodhia a reconnu que la religion hindoue ne comporte aucun jour de sabbat, mais il a ajouté que le mercredi est considéré comme [TRADUCTION] «un jour de prière, aussi c'est le jour où nous préférerions fermer si nous avions le choix». Je déduis de ce témoignage qu'il n'y a aucun précepte religieux qui interdit à ces fidèles de travailler le mercredi, mais qu'il existe une certaine obligation morale de prier ce jour-là. Je ne sais pas avec certitude si toute la journée doit être passée en prière ou si seulement une ou plusieurs parties de la journée doivent être réservées à cette fin. La mesure dans laquelle la Loi porte atteinte aux pratiques religieuses des hindous n'a pas été établie de manière suffisante pour justifier la conclusion que la Loi porte atteinte à leurs libertés religieuses, particulièrement dans le cadre des présentes affaires où aucun des détaillants n'est membre de cette confession.

La preuve soumise concernant la foi islamique est encore moins suffisante. Elle est entièrement contenue dans l'échange suivant intervenu au cours de l'interrogatoire principal de M. Lodhia:

> [TRADUCTION] Q. . . . Vous êtes hindou, quelle est, à votre connaissance, le jour du sabbat dans la religion musulmane?
>
> R. Je crois que c'est le vendredi.

Ce n'est pas là un motif suffisant pour justifier une contestation constitutionnelle. La question de

infringes the freedom of religion of Hindus or Moslems is a question which accordingly ought not to be answered in the present appeals.

VII

Section 1 of the *Charter*

The reasons of the majority of this Court in *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, summarized and expanded upon the earlier cases (*Law Society of Upper Canada v. Skapinker*, [1984] 1 S.C.R. 357, *Hunter v. Southam Inc.*, [1984] 2 S.C.R. 145, *Singh v. Minister of Employment and Immigration*, [1985] 1 S.C.R. 177, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*) in respect of the criteria which must be addressed by the proponent of a limitation on a right or freedom guaranteed by the *Charter*. It has been held that the onus of proof is on the party seeking the limitation, and the standard of proof is the civil standard, proof by a preponderance of probabilities.

Two requirements must be satisfied to establish that a limit is reasonable and demonstrably justified in a free and democratic society. First, the legislative objective which the limitation is designed to promote must be of sufficient importance to warrant overriding a constitutional right. It must bear on a "pressing and substantial concern". Second, the means chosen to attain those objectives must be proportional or appropriate to the ends. The proportionality requirement, in turn, normally has three aspects: the limiting measures must be carefully designed, or rationally connected, to the objective; they must impair the right as little as possible; and their effects must not so severely trench on individual or group rights that the legislative objective, albeit important, is nevertheless outweighed by the abridgment of rights. The Court stated that the nature of the proportionality test would vary depending on the circumstances. Both in articulating the standard of proof and in describing the criteria comprising the pro-

savoir si la Loi enfreint la liberté de religion des hindous ou des musulmans est une question à laquelle on devrait donc s'abstenir de répondre dans les présents pourvois.

VII

L'article premier de la *Charte*

Les motifs donnés par cette Cour à la majorité dans l'arrêt *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, résument et expliquent la jurisprudence antérieure (*Law Society of Upper Canada c. Skapinker*, [1984] 1 R.C.S. 357, *Hunter c. Southam Inc.*, [1984] 2 R.C.S. 145, *Singh c. Ministre de l'Emploi et de l'Immigration*, [1985] 1 R.C.S. 177, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*), en ce qui concerne les critères auxquels doivent recourir ceux qui préconisent la restriction d'un droit ou d'une liberté garantis par la *Charte*. Il a été jugé que c'est à la partie qui cherche à apporter cette restriction qu'appartient la charge de la preuve et que la norme de preuve applicable est celle des affaires civiles, savoir la preuve selon la prépondérance des probabilités.

Pour établir qu'une restriction est raisonnable et que sa justification peut se démontrer dans le cadre d'une société libre et démocratique, il faut satisfaire à deux exigences. En premier lieu, l'objectif législatif que la restriction vise à promouvoir doit être suffisamment important pour justifier la suppression d'un droit garanti par la Constitution. Il doit se rapporter à des «préoccupations urgentes et réelles». En second lieu, les moyens choisis pour atteindre ces objectifs doivent être proportionnels ou appropriés à ces fins. La proportionnalité requise, à son tour, comporte normalement trois aspects: les mesures restrictives doivent être soigneusement conçues pour atteindre l'objectif en question, ou avoir un lien rationnel avec cet objectif; elles doivent être de nature à porter le moins possible atteinte au droit en question et leurs effets ne doivent pas empiéter sur les droits individuels ou collectifs au point que l'objectif législatif, si important soit-il, soit néanmoins supplanté par l'atteinte aux droits. La Cour a affirmé que la nature du critère de proportionnalité pourrait varier en fonction des circonstances. Tant dans son élaboration de la norme de preuve que dans sa

portionality requirement the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards.

In the present appeals, the only evidence available to the Court which relates to s. 1 of the *Charter* is the *Report on Sunday Observance Legislation* (1970). It would have been preferable to have had more recent evidence, and, indeed, the Crown filed notice, less than a week before the hearing, of a motion to adduce additional evidence. Apparently this evidence included attitudinal surveys or public opinion polls, and also various submissions to a provincial task force looking into Sunday-closing laws. Crown counsel conceded the evidence was not essential to her s. 1 submissions. Counsel for the retailers objected vigorously to the timing of the motion. The motion was denied in view of the possible prejudicial consequences of admitting it into evidence at the eleventh hour.

I am conscious of the possibility that some of the statistical evidence contained in the Report has been rendered less helpful by the passage of time. Nevertheless, it is the only evidence before the Court and I have considered the age of the materials in assessing its weight.

I will address, first, the importance of the legislative objectives underlying the *Retail Business Holidays Act*. The Ontario Law Reform Commission referred to the need for legislation enacting a uniform pause day in the following terms at p. 267:

Thus while our productive capacity and economic standard of living continue to increase in Ontario, our collective opportunity for the more intangible benefits of participation in leisure activities *together* [emphasis of the Report] with family, friends and others in society continues to decrease. It is in the light of this continuing erosion of statutory holidays and evening hours that we consider it *absolutely essential* [emphasis added] that the government now attempt to preserve at least one

description des critères qui comprennent l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides.

Dans les présents pourvois, la seule preuve dont la Cour soit saisie au sujet de l'article premier de la *Charte* est le *Report on Sunday Observance Legislation* (1970). Il aurait été préférable de disposer d'éléments de preuve plus récents et, d'ailleurs, le substitut du procureur général a donné avis, moins d'une semaine avant l'audience, d'une requête en autorisation de soumettre des éléments de preuve supplémentaires. Apparemment, ces éléments de preuve incluaient des sondages d'opinions ou d'attitudes du public ainsi que diverses propositions soumises à un groupe de travail provincial chargé d'étudier la législation sur les fermetures le dimanche. Le substitut du procureur général a reconnu que ces éléments de preuve n'étaient pas essentiels à ses arguments concernant l'article premier. Les avocats des détaillants se sont fortement opposés à cette requête jugée trop tardive. La requête a été rejetée en raison des conséquences préjudiciables qui auraient pu résulter de son admission en preuve à la dernière minute.

Je suis conscient qu'il est possible que certains éléments de preuve d'ordre statistique que contient le Rapport aient perdu de leur utilité avec le temps. Néanmoins, ce sont là les seuls éléments de preuve dont la Cour est saisie et j'ai tenu compte de l'âge de ces documents en évaluant le poids à leur accorder.

Je traiterai d'abord de l'importance des objectifs législatifs qui sous-tendent la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*. La Commission de réforme du droit de l'Ontario évoque ainsi la nécessité d'adopter une loi créant un jour de repos uniforme, à la p. 267:

[TRADUCTION] Ainsi, alors que notre capacité de production et notre niveau de vie sur le plan économique continuent de s'accroître en Ontario, nos chances, collectivement, de jouir de ces avantages moins tangibles que sont la participation à des loisirs *avec* [en italique dans le Rapport] sa famille, ses amis et d'autres personnes dans la société, continuent de décroître. C'est, compte tenu de cette érosion continuelle des jours fériés légaux ainsi que des soirées, que nous considérons qu'il est

uniform day each week as a pause day, before it is too late.

The opinion of the Commissioners in reaching this conclusion was influenced by a number of studies summarized in Chapter 6 of the Report, but in my view it is unnecessary to resort to these studies in order to understand the importance of a common pause day. I regard as self-evident the desirability of enabling parents to have regular days off from work in common with their child's day off from school, and with a day off enjoyed by most other family and community members. I reiterate the view expressed in *Big M Drug Mart Ltd.*, at p. 353:

> I accept the secular justification for a day of rest in a Canadian context and the reasonableness of a day of rest has been clearly enunciated by the courts in the United States of America.

A family visit to an uncle or a grandmother, the attendance of a parent at a child's sports tournament, a picnic, a swim, or a hike in the park on a summer day, or a family expedition to a zoo, circus, or exhibition — these, and hundreds of other leisure activities with family and friends are amongst the simplest but most profound joys that any of us can know. The aim of protecting workers, families and communities from a diminution of opportunity to experience the fulfilment offered by these activities, and from the alienation of the individual from his or her closest social bonds, is not one which I regard as unimportant or trivial. In the context of the "fast-growing trend toward wide-scale store openings" (Report, p. 267), I am satisfied that the Act is aimed at a pressing and substantial concern. It therefore survives the first part of the inquiry under s. 1.

The requirement of rational connection calls for an assessment of how well the legislative garment has been tailored to suit its purpose. In the context

absolument essentiel [les italiques sont de moi] que le gouvernement tente maintenant de préserver au moins un jour uniforme de repos hebdomadaire, avant qu'il ne soit trop tard.

En tirant cette conclusion, les commissaires ont été influencés par un certain nombre d'études résumées au chapitre 6 du Rapport, mais il n'est pas nécessaire, à mon avis, de recourir à ces études pour comprendre l'importance d'un jour commun de repos. À mon sens, il est évident en soi qu'il est souhaitable de permettre aux parents d'avoir régulièrement, avec leurs enfants, eux-mêmes en congé scolaire, des jours de congé dont jouissent également la plupart des autres familles et des autres membres de la collectivité. Je réitère l'opinion exprimée dans l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, à la p. 353:

> J'accepte la justification laïque d'un jour de repos dans le contexte canadien et les tribunaux des États-Unis d'Amérique ont clairement établi le caractère raisonnable d'un jour de repos.

Une visite familiale faite à un oncle ou à une grand-mère, la présence d'un père ou d'une mère au tournoi sportif de son enfant, un pique-nique, une baignade ou une promenade dans un parc par un beau jour d'été, ou encore une visite familiale au zoo, au cirque ou à une exposition — ces divertissements et des centaines d'autres loisirs en famille ou avec des amis sont parmi les joies les plus simples, mais en même temps les plus profondes, que chacun d'entre nous puisse connaître. Vouloir protéger les travailleurs, les familles et les collectivités contre une réduction des possibilités d'éprouver la satisfaction que procurent ces activités, et vouloir préserver l'individu contre l'aliénation de ses liens sociaux les plus intimes, ne sont pas des buts que je considère comme sans importance ou négligeables. Dans le contexte d'une [TRADUCTION] «tendance, qui croît rapidement, à l'ouverture à grande échelle des commerces» (Rapport, à la p. 267), je suis persuadé que la Loi a pour objet de répondre à une préoccupation urgente et réelle. Elle survit donc à la première partie de l'examen en vertu de l'article premier.

L'exigence d'un lien rationnel nous oblige à vérifier dans quelle mesure l'ensemble législatif est adapté à son objet. Dans le cas de la *Loi sur les*

of the *Retail Business Holidays Act* two questions are raised. First, is it acceptable for the legislature to have focused exclusively on the retail industry? Second, is the scheme of exemptions within the Act, as between types of retail business, justifiable?

I have already referred to the perception of the Law Reform Commission that the retail industry presented a particularly pressing problem. It was in this industry that the Report told of competitive pressures forcing individual operators to extend their hours of business, largely against their wishes. The Report also documented the characteristics of the retail trade's labour force, including its low level of unionization, its high proportion of women, and its generally heterogeneous composition: p. 103. The Commission's conclusion that this labour force was especially vulnerable to subtle and overt pressure from its employers amply justified on the evidence the legislature's decision to single out the retail industry for special and immediate attention.

The exemptions for various types of business are also justifiable. The Report describes at pp. 271-72 the tensions between the two objectives of protecting as many employees as possible from having to work on Sundays and providing a "quality environment" permitting the fulfilment of family and community recreational pursuits:

> For the most part, these two secular objectives are consistent with each other, i.e., to engage in leisure pursuits with family and friends on the pause day, a person must be free from work. Where the two conflict, however, is in respect of leisure activities which require substantial employment of people on the pause day in order to make leisure facilities available. Professional sports, libraries and symphony concerts are three cases in point. If we were to propose that the sole objective of Sunday laws was to free persons from work on that day, then this well might deprive thousands of people of any leisure activities whatsoever on Sundays.

jours fériés dans le commerce de détail, deux questions sont soulevées. Premièrement, est-il acceptable que le législateur ait visé exclusivement les commerces de détail? Deuxièmement, le régime des exemptions prévues par la Loi est-il justifiable par rapport aux différents genres de commerces de détail?

J'ai déjà mentionné que la Commission de réforme du droit croyait que le problème posé par le secteur du commerce de détail était particulièrement urgent. C'est dans ce secteur que, selon le Rapport, les pressions de la concurrence forcent chaque exploitant à prolonger ses heures d'affaires, en grande partie contre sa volonté. Le Rapport s'étend aussi, pièces à l'appui, sur les caractéristiques de la main-d'œuvre employée dans le commerce de détail, dont la faible syndicalisation, la forte proportion de femmes et la composition généralement hétérogène: à la p. 103. La conclusion de la Commission, selon laquelle cette main-d'œuvre est particulièrement vulnérable aux pressions subtiles et mêmes ouvertes du patronat, justifie amplement, d'après la preuve soumise, la décision du législateur d'accorder une attention spéciale et immédiate au commerce de détail.

Les exemptions applicables à divers genres de commerce sont aussi justifiables. Le Rapport décrit, aux pp. 271 et 272, les tensions qui existent entre les deux objectifs qui consistent à protéger autant de salariés que possible pour qu'ils n'aient pas à travailler le dimanche, tout en assurant un [TRADUCTION] «environnement de qualité» qui permette aux familles et à la collectivité d'avoir des loisirs:

> [TRADUCTION] Ces deux objectifs d'ordre laïque sont, en majeure partie, compatibles l'un avec l'autre, c.-à-d. que pour qu'une personne puisse s'adonner à des loisirs avec sa famille et ses amis au cours d'un jour de repos, elle ne doit pas avoir à travailler. Toutefois, ils sont incompatibles en ce qui concerne certaines activités de loisir qui, pour avoir lieu, exigent l'emploi d'un nombre important de personnes lors de ce jour de repos. Les sports professionnels, les bibliothèques et les concerts symphoniques, en voilà trois bons exemples. Si nous devions proposer que l'unique objectif de la législation sur le dimanche est de libérer les gens de l'obligation de travailler ce jour-là, cela pourrait fort bien priver des milliers de personnes de tout loisir le dimanche.

With the exception of s. 3(4), the exemptions in ss. 3 and 4 closely parallel the recommendations of the Report. One has only to turn to the Table of Contents for Chapters 11 and 12, at pp. 6-7, to see that each of the exempted businesses has been considered in some detail by the authors of the Report.

I might add that in regulating industry or business it is open to the legislature to restrict its legislative reforms to sectors in which there appear to be particularly urgent concerns or to constituencies that seem especially needy. In this context, I agree with the opinion expressed by the United States Supreme Court in *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955), at p. 489:

> Evils in the same field may be of different dimensions and proportions, requiring different remedies. Or so the legislature may think .... Or the reform may take one step at a time, addressing itself to the phase of the problem which seems most acute to the legislative mind .... The legislature may select one phase of one field and apply a remedy there, neglecting the others.

(Citations omitted.)

In drafting its statute, the legislature can, if it wishes, create categories of retail business which are exempted, even though some unexempted businesses may sell some of the same products. Legislative choices regarding alternative forms of business regulation do not generally impinge on the values and provisions of the *Charter*, and the resultant legislation need not be tuned with great precision in order to withstand judicial scrutiny. Simplicity and administrative convenience are legitimate concerns for the drafters of such legislation.

A more difficult question—and one which goes to the heart of this litigation—is whether the *Retail Business Holidays Act* abridges the freedom of religion of Saturday observers as little as is reasonably possible. Section 3(4) has the effect, and was intended to have the effect, of very substantially reducing the impact of the Act on those religious groups for whom Saturday is a Sabbath. What must be decided, however, is whether there

À l'exception du par. 3(4), les exemptions des art. 3 et 4 suivent de près les recommandations du Rapport. Il suffit de consulter la table des matières des chapitres 11 et 12, aux pp. 6 et 7, pour voir que chacun des commerces exemptés a fait l'objet d'une étude assez approfondie de la part des auteurs du Rapport.

Je pourrais ajouter qu'en réglementant une industrie ou un commerce, il est loisible au législateur de limiter sa réforme législative à des secteurs où il semble y avoir des préoccupations particulièrement urgentes ou à des catégories où cela semble particulièrement nécessaire. À cet égard, je partage l'opinion exprimée par la Cour suprême des États-Unis dans l'arrêt *Williamson v. Lee Optical of Oklahoma*, 348 U.S. 483 (1955), à la p. 489:

> [TRADUCTION] Les maux que l'on trouve dans un même domaine peuvent avoir des dimensions et des proportions différentes, et exiger des redressements différents. Du moins, le législateur peut le croire ... Ou la réforme peut se faire étape par étape, en ne s'attaquant qu'à la phase du problème que le législateur estime la plus critique ... Le législateur peut sélectionner une phase dans un domaine et y apporter un redressement, tout en négligeant les autres.

(Citations omises.)

En rédigeant sa loi, le législateur, peut, s'il le veut, créer des catégories de commerces de détail qui sont exemptés, même si certains commerces non exemptés peuvent vendre quelques-uns des mêmes produits. Les choix du législateur concernant d'autres formes de réglementation commerciale ne portent généralement pas atteinte aux valeurs et aux dispositions de la *Charte*, et la loi qui en résulte n'a pas à être parfaitement ajustée de manière à résister à un examen judiciaire. La simplicité et la commodité administrative sont des préoccupations légitimes des rédacteurs de ce genre de lois.

Une question plus difficile—qui est au centre du présent litige—est de savoir si la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* restreint, aussi peu qu'il est raisonnablement possible de le faire, la liberté de religion de ceux qui observent le samedi. Le paragraphe 3(4) a pour effet, ce qui est voulu, d'atténuer fort sensiblement les répercussions de la Loi sur les groupes religieux dont le jour du sabbat est le samedi. Ce qu'il faut décider,

is some reasonable alternative scheme which would allow the province to achieve its objective with fewer detrimental effects on religious freedom.

One suggestion was that the objective of protecting workers from involuntary Sunday labour could be achieved by legislation which focused on the employee rather than the employer. There could, for example, be an enactment conferring on workers a right to refuse Sunday work. But such a scheme would in my view fall far short of achieving the objectives of the *Retail Business Holidays Act*. It would fail to recognize the subtle coercive pressure which an employer can exert on an employee. The vulnerability of retail employees makes them an improbable group to resist such pressures. A scheme which requires an employee to assert his or her rights before a tribunal in order to obtain a Sunday holiday is an inadequate substitute for the regime selected by the Ontario legislature. Also a bilateral decision of individual retailers and employees to stay open and work on Sunday would pressure others to a similar decision and would, as the Report observes at p. 267, place increased demands on ancillary services required to keep the stores open, such as wholesalers, truckers and public transportation.

The other alternative would be to retain the basic format of the *Retail Business Holidays Act*, but to replace s. 3(4) with a complete exemption from s. 2 for those retailers who have a sincerely held religious belief requiring them to close their stores on a day other than Sunday. The Province of New Brunswick has such an exemption in s. 7(1) of its *Days of Rest Act*, S.N.B. 1985, c. D-4.2. The New Brunswick exemption is administered by a Board which is authorized to issue permits exempting:

> 7(1) . . .
>
> (*c*) any person who is prohibited under this Act from working or operating a business or industry on the weekly day of rest and who wishes to work or operate a business or industry on that day because he could

cependant, c'est s'il existe un autre régime raisonnable qui permettrait à la province d'atteindre son objectif avec moins d'effets préjudiciables sur la liberté religieuse.

On a laissé entendre que l'objectif qui consiste à protéger les travailleurs du travail dominical involontaire pouvait être atteint au moyen de lois axées sur le salarié plutôt que sur le patron. Il pourrait y avoir, par exemple, une mesure législative accordant aux travailleurs le droit de refuser de travailler le dimanche. À mon sens toutefois, un tel régime, serait loin de permettre d'atteindre les objectifs de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*. Il ne tiendrait pas compte de la pression coercitive subtile qu'un patron peut exercer sur un salarié. La vulnérabilité des salariés du commerce de détail en fait un groupe qui a peu de chances de résister à ces pressions. Un régime qui oblige un salarié à faire valoir ses droits devant un tribunal pour obtenir un congé le dimanche constitue un substitut inadéquat au régime choisi par le législateur ontarien. De même, une décision bilatérale de certains détaillants et de leurs employés de demeurer ouverts et de travailler le dimanche en contraindrait d'autres à prendre une décision similaire et, comme le Rapport le fait remarquer à la p. 267, aurait pour effet d'accroître la demande pour les services accessoires nécessaires à l'ouverture des magasins, tels les grossistes, les camionneurs et les transports publics.

L'autre solution serait de conserver la structure fondamentale de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, mais de remplacer le par. 3(4) par une exemption complète de l'application de l'art. 2 pour les détaillants dont la croyance religieuse sincère les oblige à fermer leurs commerces pendant un jour autre que le dimanche. La province du Nouveau-Brunswick prévoit une telle exemption au par. 7(1) de sa *Loi sur les jours de repos*, L.N.-B. 1985, chap. D-4.2. L'exemption au Nouveau-Brunswick est régie par une commission qui peut délivrer des autorisations exemptant:

> 7(1) . . .
>
> *c*) une personne à qui la présente loi interdit de travailler ou d'exploiter un commerce ou une industrie le jour de repos hebdomadaire et qui désire le faire ce jour parce qu'il ne pouvait ni travailler ni exploiter le

not work or operate a business or industry on one of the other days of the week due to the dictates of his conscience or religion, . . .

Such an exemption has advantages and disadvantages relative to s. 3(4) of the Ontario Act. From the perspective of the Saturday-observing consumer the New Brunswick exemption is more beneficial than Ontario's in including within its ambit large stores with more than seven employees or 5,000 square feet of floor space, but less beneficial in the restriction of its availability to retailers with a specified religious or conscientious belief. I am unable to say whether one scheme results in a greater availability of Sunday shopping services to the Jewish or Seventh-day Adventist consumer than the other. In this context, I note that the *Report on Sunday Observance Legislation* (1970) at p. 98, Table V, discloses that only 8.1 percent of retail stores had 10 or more employees at the time of the previous Census in 1961. Since, subject to the square footage requirement, the exemption in s. 3(4) is available to any store provided that at any given time on Sunday the number of persons engaged in serving the public is fewer than eight, it appears that a very substantial variety of products, including specialty products such as Kosher foods, is available to Sunday shoppers, even if the proportion of large stores were to have doubled since 1961.

The most difficult questions stem from the different impacts of these exemptions on Saturday-observing retailers. It is interesting to consider how the United States Supreme Court dealt with some of the same issues in its 1961 quartet of Sunday closing cases. I repeat that the legislation before that Court in *Braunfeld v. Brown* contained no exemption clause of any kind aimed at alleviating its deleterious impact on Saturday-observing retailers. Nevertheless, the majority upheld the legislation. Warren C.J. considered, at pp. 608-09, whether a Sabbatarian exemption ought to have been provided:

commerce ou l'industrie l'un des autres jours de la semaine pour raison de conscience ou de religion, . . .

Une telle exemption comporte des avantages et des désavantages par rapport au par. 3(4) de la loi ontarienne. Du point de vue du consommateur qui observe le samedi, l'exemption au Nouveau-Brunswick est plus avantageuse que celle de l'Ontario car elle vise également les magasins à grande surface employant plus de sept personnes ou ayant une superficie supérieure à 5 000 pieds carrés, mais elle l'est moins en ce qu'elle ne peut s'appliquer qu'aux détaillants qui ont des croyances religieuses précises. Je ne puis dire si un régime offre plus de possibilités de magasinage que l'autre au consommateur juif ou adventiste du septième jour. À cet égard, je constate que le *Report on Sunday Observance Legislation* (1970) révèle à la p. 98, tableau V, que seulement 8,1 pour cent des établissements de commerce de détail comptaient dix employés ou plus à l'époque du recensement précédent de 1961. Puisque, sous réserve de la condition relative à la superficie, l'exemption du par. 3(4) peut s'appliquer à tout magasin pourvu que le nombre de personnes au service du public le dimanche ne soit jamais supérieur à sept, il appert que des produits très variés, y compris des produits spéciaux comme les aliments cascher, peuvent être achetés par les personnes qui font leurs courses le dimanche, même en supposant que le nombre de magasins à grande surface ait doublé depuis 1961.

Les questions les plus difficiles découlent des répercussions différentes que ces exemptions ont sur les détaillants qui observent le samedi. Il est intéressant de voir comment la Cour suprême des États-Unis a résolu quelques-unes de ces mêmes questions dans ses quatre arrêts de 1961 portant sur la fermeture le dimanche. Je rappelle que la loi dont la cour était saisie dans l'affaire *Braunfeld v. Brown* ne comportait aucune espèce de clause d'exemption destinée à atténuer ses répercussions négatives sur les détaillants qui observaient le samedi. Néanmoins, la cour à la majorité a confirmé la validité de cette loi. Le juge en chef Warren se demande, aux pp. 608 et 609, si une exemption sabbatique aurait dû être prévue:

A number of States provide such an exemption, and this may well be the wiser solution to the problem. But our concern is not with the wisdom of legislation but with its constitutional limitation. Thus, reason and experience teach that to permit the exemption might well undermine the State's goal of providing a day that, as best possible, eliminates the atmosphere of commercial noise and activity. Although not dispositive of the issue, enforcement problems would be more difficult since there would be two or more days to police rather than one and it would be more difficult to observe whether violations were occurring.

Additional problems might also be presented by a regulation of this sort. To allow only people who rest on a day other than Sunday to keep their businesses open on that day might well provide these people with an economic advantage over their competitors who must remain closed on that day; this might cause the Sunday observers to complain that their religions are being discriminated against. With this competitive advantage existing, there could well be the temptation for some, in order to keep their businesses open on Sunday, to assert that they have religious convictions which compel them to close their businesses on what had formerly been their least profitable day. This might make necessary a state-conducted inquiry into the sincerity of the individual's religious beliefs, a practice which a State might believe would itself run afoul of the spirit of constitutionally protected religious guarantees. Finally, in order to keep the disruption of the day at a minimum, exempted employers would probably have to hire employees who themselves qualified for the exemption because of their own religious beliefs, a practice which a State might feel to be opposed to its general policy prohibiting religious discrimination in hiring. For all of these reasons, we cannot say that the Pennsylvania statute before us is invalid, either on its face or as applied.

At pages 514-20, Frankfurter J. expressed many of the same objections to a Sabbatarian exemption and concluded at p. 520:

A legislature might in reason find that the alternative of exempting Sabbatarians would impede the effective operation of the Sunday statutes, produce harmful collateral effects, and entail, itself, a not inconsiderable intrusion into matters of religious faith. However prefer-

[TRADUCTION] Un certain nombre d'États prévoient une telle exemption, et c'est peut-être là la façon la plus sage de régler le problème. Cependant, nous avons à nous préoccuper non pas de la sagesse de la loi, mais de ses limites sur le plan constitutionnel. Ainsi, la raison et l'expérience nous enseignent qu'autoriser cette exemption pourrait fort bien nuire indirectement à l'objectif que l'État s'est donné de fixer un jour où, autant que possible, l'atmosphère d'activités commerciales, avec tout le tintamarre qu'elles impliquent, serait éliminée. Quoique cela ne soit pas déterminant, les problèmes de mise en application seraient accrus, puisqu'il y aurait deux jours ou plus à surveiller plutôt qu'un seul et il serait plus difficile de procéder à la constatation des infractions commises.

Une réglementation de cette sorte pourrait aussi susciter des problèmes supplémentaires. Autoriser les gens qui se reposent un jour autre que le dimanche à ouvrir leur commerce ce jour-là pourrait bien leur conférer un avantage économique sur leurs concurrents qui doivent fermer ce même jour; cela pourrait amener ceux qui observent le dimanche à se plaindre de discrimination religieuse. Cet avantage d'ordre concurrentiel pourrait susciter chez certains la tentation de prétendre, pour pouvoir ouvrir leur commerce le dimanche, que leurs convictions religieuses exigent qu'ils ferment leur commerce le jour qui, auparavant, leur était le moins profitable. Cela pourrait rendre nécessaire la tenue d'une enquête par l'État sur la sincérité des croyances religieuses de l'individu, une pratique que l'État pourrait considérer comme étant elle-même contraire à l'esprit des garanties religieuses contenues dans la Constitution. Enfin, pour s'assurer que la journée serait aussi peu perturbée que possible, les employeurs exemptés devraient probablement retenir les services de salariés qui pourraient eux-mêmes bénéficier de l'exemption en raison de leurs propres croyances religieuses, une pratique que l'État pourrait estimer contraire à sa politique générale d'interdiction de la discrimination religieuse en matière d'emploi. Pour toutes ces raisons, nous ne saurions dire que la loi de la Pennsylvanie dont nous sommes saisis est invalide, que ce soit dans sa lettre ou dans son application.

Aux pages 514 à 520, le juge Frankfurter exprime un bon nombre des mêmes objections à une exemption sabbatique et conclut, à la p. 520:

[TRADUCTION] Le législateur pourrait raisonnablement conclure que la solution consistant à exempter ceux qui observent le sabbat nuirait à l'application efficace des lois sur le dimanche, produirait des effets secondaires préjudiciables et occasionnerait elle-même une ingérence

able, personally, one might deem such an exception, I cannot find that the Constitution compels it.

In his dissent, at p. 615, Brennan J. referred to these considerations as "more fanciful than real" and dealt with them specifically as follows:

Non-Sunday observers might get an unfair advantage, it is said. A similar contention against the draft exemption for conscientious objectors (another example of the exemption technique) was rejected with the observation that "its unsoundness is too apparent to require" discussion. *Selective Draft Law Cases*, 245 U.S. 366, 390 (1918). However widespread the complaint, it is legally baseless, and the State's reliance upon it cannot withstand a First Amendment claim. We are told that an official inquiry into the good faith with which religious beliefs are held might be itself unconstitutional. But this Court indicated otherwise in *United States* v. *Ballard*, 322 U.S. 78 (1944). Such an inquiry is no more an infringement of religious freedom than the requirement imposed by the Court itself in *McGowan* v. *Maryland*, *ante*, p. 420, decided this day, that a plaintiff show that his good-faith religious beliefs are hampered before he acquires standing to attack a statute under the Free-Exercise Clause of the First Amendment. Finally, I find the Court's mention of a problem under state antidiscrimination statutes almost chimerical. Most such statutes provide that hiring may be made on a religious basis if religion is a *bona fide* occupational qualification. It happens, moreover, that Pennsylvania's statute has such a provision.

In my view, the enforcement problems which might be created by a full Sabbatarian exemption do not constitute a sufficiently compelling reason to reject it as an alternative to the Ontario scheme. Nor do I see merit to the contention that a Sabbatarian exemption would discriminate against retailers who do not observe Saturday as a religious day of rest. There is no evidence before this Court to suggest that Sunday is generally a preferable day for retailers to do business. Undoubtedly, some retailers selling particular products in particular areas would find Sundays more profitable than Saturdays, but other retailers would find the converse to be true. In the absence of convincing

non négligeable dans le domaine de la foi religieuse. Si préférable qu'on puisse personnellement juger une telle exception, je ne saurais dire que la Constitution l'exige.

Dans sa dissidence, à la p. 615, le juge Brennan qualifie ces considérations de [TRADUCTION] «plus imaginaires que réelles» et en parle expressément ainsi:

[TRADUCTION] Ceux qui n'observent pas le dimanche pourraient être injustement avantagés dit-on. Un argument semblable, opposé au projet d'exemption des objecteurs de conscience (un autre exemple de la technique de l'exemption) a été rejeté en faisant observer que «sa fausseté est trop évidente pour qu'il soit nécessaire» d'en discuter. *Selective Draft Law Cases*, 245 U.S. 366, 390 (1918). Si répandue soit-elle, cette plainte est sans fondement juridique et, en l'invoquant, l'État ne saurait repousser une demande en vertu du Premier amendement. On nous dit qu'une enquête officielle sur la sincérité de l'adhérence à certaines croyances religieuses pourrait elle-même être inconstitutionnelle. Mais cette Cour a déjà indiqué le contraire dans l'arrêt *United States* v. *Ballard*, 322 U.S. 78 (1944). Une telle enquête n'enfreint pas plus la liberté de religion que l'exigence que la Cour a elle-même imposée dans l'arrêt *McGowan* v. *Maryland*, précité, à la p. 420, prononcé ce jour, portant que le demandeur doit démontrer qu'il y a entrave à ses croyances religieuses sincères pour pouvoir contester une loi en se fondant sur la clause du libre exercice contenue dans le Premier amendement. Enfin, je considère comme quasi chimérique la mention que fait la Cour du problème que susciteraient les lois antidiscriminatoires des États. La plupart de ces lois prévoient que l'embauche peut se fonder sur la religion si la religion constitue une exigence professionnelle normale. Il se trouve d'ailleurs que la loi de la Pennsylvanie comporte une telle disposition.

À mon avis, les problèmes de mise en application que pourrait créer une exemption sabbatique complète ne constituent pas un motif suffisamment concluant pour la rejeter comme solution de rechange au régime ontarien. Je considère également comme non fondée la prétention qu'une exemption sabbatique serait discriminatoire pour les détaillants qui n'observent pas le samedi comme jour de repos religieux. La Cour n'est saisie d'aucune preuve qui laisse entendre que le dimanche est en général un jour d'ouverture préférable pour le commerce de détail. Sans aucun doute, certains détaillants qui vendent des produits particuliers, dans des zones particulières, trouve-

evidence to the contrary, the Court must presume that one day is on average as good as another. By its nature, legislation must, to some degree, cut across individual circumstances in order to establish general rules. Alleged discrimination flowing from one day of the weekend being more profitable for particular retailers than the other day of the weekend would be of an entirely different order of magnitude from the disadvantage experienced by retailers who cannot open their stores on a weekend at all.

I am impressed, however, with the concerns of the majority of the United States Supreme Court in two respects. The first relates to the balancing of an indirect burden on the religious freedom of a retail store owner against the interests of his or her perhaps sometimes numerous employees. The second relates to the undesirability of state-sponsored inquiries into religious beliefs.

With respect to the first concern, I agree with the majority of the United States Supreme Court that it is legitimate for legislatures to be concerned with minimizing the disruptive effect of any exemption on the scope and quality of the pause day, and that it would be highly undesirable for such concern to find expression in a rule conditioning the availability of an exemption on the hiring by retailers of co-religionists. Because of their substantial share of total sales volume (the Report at p. 98, Table V, indicates that stores with ten or more employees accounted for 53.3 percent of retail sales in Canada according to the Census of 1961) and their numerous employees, the operation of large retail outlets on Sundays would entail a substantial disruption of the quality of the pause day. It is, however, not so much the disruption of the quality of the pause day in terms of commercial activity that concerns me. What concerns me, rather, is the limitation of its scope in terms of the employees who would be denied the benefits which the Act was designed to provide them.

raient les dimanches plus profitables que les samedis, mais pour d'autres détaillants ce serait l'inverse. En l'absence d'éléments de preuve contraires convaincants, la Cour doit présumer qu'en moyenne chaque jour en vaut un autre. De par sa nature, une loi doit, dans une certaine mesure, passer outre aux particularités individuelles pour établir des règles générales. La discrimination qui, allègue-t-on, découlerait de ce qu'un jour de la fin de semaine est plus profitable qu'un autre jour pour certains détaillants serait d'un ordre de grandeur tout à fait différent du désavantage que subissent les détaillants qui ne peuvent pas du tout ouvrir leurs magasins pendant la fin de semaine.

Cependant, les préoccupations des juges formant la majorité de la Cour suprême des États-Unis m'impressionnent à deux points de vue. Le premier se rapporte à l'évaluation d'une entrave indirecte à la liberté religieuse du propriétaire d'un magasin de vente au détail et des intérêts de ses employés parfois fort nombreux. Le second a trait au caractère non souhaitable des enquêtes de l'État portant sur les croyances religieuses.

Quant à la première préoccupation, je suis d'accord avec les juges formant la majorité de la Cour suprême des États-Unis pour dire qu'il est légitime que le législateur se soucie de minimiser l'effet perturbateur de toute exemption sur la portée et la qualité du jour de repos, et qu'il ne serait absolument pas souhaitable que cette préoccupation trouve son expression dans une règle soumettant la possibilité de bénéficier d'une exemption à la condition que le détaillant n'engage que des coreligionnaires. À cause de leur part importante du volume total des ventes (le Rapport, à la p. 98, tableau V, indique que les magasins qui comptent dix salariés ou plus ont réalisé 53,3 pour cent des ventes au détail au Canada, selon le recensement de 1961) et de leur nombreux employés, l'exploitation des grands établissements de vente au détail le dimanche perturberait considérablement la qualité du jour du repos. Toutefois, ce qui me préoccupe n'est pas tant la perturbation de la qualité du jour de repos sur le plan des activités commerciales, que la limite de sa portée pour ce qui est des employés qui se verraient refuser les avantages que la Loi vise à leur procurer.

What cannot be forgotten is that the object of the legislation is to benefit retail employees by making available to them a weekly holiday which coincides with that enjoyed by most of the community. These employees do not constitute a powerful group in society. In this context it is worth reiterating some of the remarks of the Law Reform Commissioners:

> The peculiar position of the retail employees deserves comment here because an open commercial Sunday would probably extract the highest toll from these people. It has already been shown that less than 10% of this total group are unionized, and this percentage would be even lower if food store employees were not included .... The retail work force is distinguished by the fact that the people are older, more likely to be female and more heterogeneous than other labour groups. [p. 103]
>
> . . .
>
> The concern, then, is mainly for low-skilled, non-union and poorly educated employees whose continued earnings are critical for family support, people who have the least mobility in terms of job alternatives and are least capable of expressing themselves to redress their grievances. Particularly in times of high unemployment, these people are susceptible to economic coercion and would unlikely be in any position to offer effective resistance to Sunday employment dictated by management, even though they were given a "legal choice" as to whether or not they wanted to work Sundays. [p. 104]

(Emphasis added.)

The economic position of these employees affords them few choices in respect of their conditions of employment. It would ignore the realities faced by these workers to suggest that they stand up to their employer or seek a job elsewhere if they wish to enjoy a common day of rest with their families and friends. Although I have acknowledged that the legislation under review burdens the freedoms of Saturday-observing retailers, it must also be recognized that larger retailers have available to them options flowing from the resources at their disposal which are foreclosed to their employees. It is, perhaps, worth stating the obvi-

Ce qu'on ne peut pas oublier, c'est que la Loi a pour objet de profiter aux salariés du commerce du détail, en leur permettant de jouir d'un jour de congé hebdomadaire qui coïncide avec celui de la plupart des autres membres de la collectivité. Ces employés ne constituent pas un groupe puissant dans la société. À cet égard, certaines observations des membres de la Commission de réforme du droit méritent d'être reproduites:

> [TRADUCTION] La position particulière des salariés du commerce de détail mérite qu'on s'y arrête, car ce serait probablement eux qui seraient les plus pénalisés par l'ouverture des commerces le dimanche. Il a déjà été démontré que moins de 10 pour cent de tous les membres de ce groupe sont syndiqués, et ce pourcentage serait même plus bas si on n'avait pas inclus les employés des magasins d'alimentation ... La main-d'œuvre employée dans le commerce de détail se distingue par son âge avancé, par une plus grande possibilité qu'il s'agisse de personnel féminin et par le fait qu'elle est plus hétérogène que les autres groupes de travailleurs. [à la p. 103]
>
> . . .
>
> Il faut donc se préoccuper d'abord des salariés peu qualifiés, non syndiqués et peu instruits dont l'apport continu des revenus est essentiel au soutien de leur famille, et qui sont les moins mobiles en matière d'autres possibilités d'emploi et les moins à même de s'exprimer pour qu'on remédie à leurs griefs. À une époque de chômage élevé en particulier, ces gens sont sujets à la coercition économique et ne seraient vraisemblablement pas en mesure de s'opposer efficacement au travail le dimanche que leur imposeraient leurs patrons, même s'ils avaient le «choix légal» de travailler ou de ne pas travailler le dimanche. [à la p. 104]

(C'est moi qui souligne.)

La situation économique de ces salariés leur offre peu de choix en matière de conditions d'emploi. Ce serait faire fi des réalités auxquelles ces travailleurs ont à faire face que de prétendre qu'ils peuvent affronter leur patron ou chercher du travail ailleurs s'ils veulent jouir d'un jour commun de repos avec leur famille et leurs amis. Même si j'ai admis que la loi étudiée entrave les libertés des détaillants qui observent le samedi, il faut aussi reconnaître que les gros détaillants peuvent exercer certains choix qui découlent des ressources dont ils disposent et auxquelles n'ont pas accès leurs employés. Il vaut peut-être la peine d'affirmer ce

ous: a store with eight or more employees serving the public at any one time or with 5,000 square feet of retail space indeed constitutes a substantial retail operation. Such a store is not, by any stretch, a mere corner store staffed by the family. In interpreting and applying the *Charter* I believe that the courts must be cautious to ensure that it does not simply become an instrument of better situated individuals to roll back legislation which has as its object the improvement of the condition of less advantaged persons. When the interests of more than seven vulnerable employees in securing a Sunday holiday are weighed against the interests of their employer in transacting business on a Sunday, I cannot fault the Legislature for determining that the protection of the employees ought to prevail. This is not to say that the legislature is constitutionally obligated to give effect to employee interests in preference to the interests of the store owner for large retail operations, but only that it may do so if it wishes.

qui est l'évidence même: le commerce qui, en tout temps, compte huit personnes ou plus au service du public et dont la superficie utilisée pour la vente au détail est de 5 000 pieds carrés, constitue effectivement un gros établissement de vente au détail. On ne peut probablement pas dire que le petit dépanneur exploité par une famille constitue un tel établissement. Je crois que lorsqu'ils interprètent et appliquent la *Charte*, les tribunaux doivent veiller à ce qu'elle ne devienne pas simplement l'instrument dont se serviront les plus favorisés pour écarter des lois dont l'objet est d'améliorer le sort des moins favorisés. Lorsque l'intérêt de plus de sept salariés vulnérables à jouir d'un congé dominical est opposé à l'intérêt qu'a leur employeur à faire des affaires le dimanche, je ne saurais blâmer le législateur de décider que la protection des employés doit l'emporter. Cela ne veut pas dire que la Constitution oblige le législateur à préférer les intérêts de l'employé à ceux du propriétaire dans le cas d'un gros établissement de vente au détail; cela signifie uniquement qu'il peut le faire s'il le veut.

I turn now to the second factor which, in my opinion, contributes to the justification of the legislation under review. In discussing the possibility of a Sabbatarian exemption as a means of reducing the burdens of Sunday closing laws on religious freedom, the majority of the United States Supreme Court had occasion to express concern about state-conducted inquiries into religious beliefs. The striking advantage of the Ontario Act is that it makes available an exemption to the small and mid-size retailer without the indignity of having to submit to such an inquiry. In my view, state-sponsored inquiries into any person's religion should be avoided wherever reasonably possible, since they expose an individual's most personal and private beliefs to public airing and testing in a judicial or quasi-judicial setting. The inquiry is all the worse when it is demanded only of members of a non-majoritarian faith, who may have good reason for reluctance about so exposing and articulating their non-conformity.

J'en viens maintenant au second facteur qui, à mon avis, contribue à justifier la loi en cause. Dans leur analyse de la possibilité d'une exemption sabbatique, comme moyen de réduire le fardeau dont les lois de fermeture le dimanche grèvent la liberté de religion, les juges formant la majorité de la Cour suprême des États-Unis ont exprimé des inquiétudes au sujet des enquêtes de l'État en matière de croyances religieuses. L'avantage frappant de la loi ontarienne est qu'elle permet au petit et au moyen détaillant de bénéficier d'une exemption sans avoir à se plier à une enquête semblable. À mon avis, les enquêtes de l'État portant sur la religion d'une personne devraient être évitées dans tous les cas où cela est raisonnablement possible, puisqu'elles ont pour effet d'exposer les croyances les plus personnelles et les plus intimes d'une personne à la connaissance et au contrôle publics dans un contexte judiciaire ou quasi judiciaire. Cela est encore pire lorsque l'enquête n'est demandée qu'à l'égard des membres d'une confession qui n'est pas celle de la majorité, qui peuvent avoir de bonnes raisons de répugner à se singulariser.

I do not mean to suggest that a judicial inquiry into the sincerity of religious beliefs is unconstitutional. To so hold would mean that the courts could never grant constitutional exemptions from legislation which impinged on the free exercise of religious beliefs. Judicial inquiries into religious beliefs are largely unavoidable if the constitutional freedoms guaranteed by s. 2(*a*) are to be asserted before the courts. We must live with the reality that such an inquiry is necessary in order for the same values to be given effect by the judicial system. Inquiries which are genuinely designed as a means of giving effect to religious freedoms will not therefore generally be unconstitutional. There will, however, be occasions when a substantial measure of religious freedom can be achieved without mandating a state-conducted inquiry into personal religious convictions and the legislatures ought to be encouraged to do so, if a fair balance is struck.

Je ne veux pas laisser entendre qu'une enquête judiciaire sur la sincérité des croyances religieuses est inconstitutionnelle. Prétendre cela signifierait que les tribunaux ne pourraient jamais accorder d'exemptions constitutionnelles à l'égard d'une mesure législative qui porte atteinte au libre exercice des croyances religieuses. Les enquêtes judiciaires portant sur des croyances religieuses sont la plupart du temps inévitables si l'on veut que les libertés garanties par l'al. 2*a*) de la Constitution puissent être revendiquées devant les tribunaux. Nous devons nous faire à la réalité déplaisante qu'une telle enquête est nécessaire pour que le système judiciaire puisse mettre à exécution ces mêmes valeurs. Les enquêtes qui sont vraiment conçues comme un moyen de mettre à exécution des libertés religieuses ne sont donc pas inconstitutionnelles en général. Il y aura toutefois des occasions où l'on peut arriver à une large mesure de liberté religieuse sans qu'il y ait nécessairement une enquête de l'État sur des convictions religieuses personnelles et les législateurs devraient être encouragés à suivre cette voie, si on veut atteindre un juste équilibre.

I do not, of course, suggest that to a person whose religious freedom would otherwise be impaired, a voluntary inquiry into religion is worse than the original impairment of freedom of religion. Clearly that is not the case, since the person need not submit to the inquiry. It is worth reiterating, however, that the evidence indicates that the overwhelming majority of Saturday-observing retailers is capable of complying with the requirements of s. 3(4). It is these retailers who benefit from the adoption of a scheme such as that selected by the Ontario Legislature in preference to a scheme involving an inquiry into religious beliefs. In my view, there exists to some degree a trade-off between a scheme which provides complete relief from burdens on religious freedom to most Saturday-observing retailers by avoiding a distasteful inquiry, and, on the other hand, an alternative scheme which provides substantial relief from burdens on religious freedom to all Saturday-observing retailers. Both schemes provide incomplete relief for the class of Saturday-observing retailers as a whole, but the incompleteness is a necessary consequence of ensuring that as many employees

Bien entendu, je ne crois pas que pour la personne dont la liberté religieuse serait autrement diminuée, une enquête volontaire sur la religion soit pire que l'atteinte initiale à sa liberté de religion. Ce n'est manifestement pas le cas puisque la personne n'a pas à se soumettre à l'enquête. Toutefois, il vaut la peine de répéter que la preuve indique que la très grande majorité des détaillants qui observent le samedi sont en mesure de se conformer aux exigences du par. 3(4). Ce sont ces détaillants qui profitent de l'adoption d'un régime comme celui que le législateur ontarien a choisi de préférence à un régime dans lequel il y aurait enquête sur les croyances religieuses. À mon avis, il existe une certaine mesure de compromis entre, d'une part, un régime qui libère complètement la plupart des détaillants qui observent le samedi des entraves à leur liberté religieuse tout en évitant la tenue d'une enquête désagréable, et d'autre part, un autre régime qui libère dans une large mesure tous les détaillants qui observent le samedi des entraves à leur liberté de religion. Les deux régimes procurent un redressement incomplet à l'ensemble de la catégorie des détaillants qui observent

as possible will realize the benefits of the common pause day legislation. Both schemes represent genuine and serious attempts to minimize the adverse effects of pause day legislation on Saturday observers. It is far from clear that one scheme is intrinsically better than the other.

In this context, I note that freedom of religion, perhaps unlike freedom of conscience, has both individual and collective aspects. Legislatures are justified in being conscious of the effects of legislation on religious groups as a whole, as well as on individuals. In some circumstances, it is open to balance the religious freedoms of the many members of any particular religious group against those of the few when differential treatment is based on a criterion, such as the size of one's retail business, which is not in itself offensive to constitutional provisions, principles, and purposes.

Nevertheless, while the number of detrimentally affected retailers may be small, no legislature in Canada is entitled to do away with any of the religious freedoms to which these or any other individuals are entitled without strong reason. In my view, the balancing of the interests of more than seven employees to a common pause day against the freedom of religion of those affected constitutes justification for the exemption scheme selected by the Province of Ontario, at least in a context wherein any satisfactory alternative scheme involves an inquiry into religious beliefs.

I might add that I do not believe there is any magic in the number seven as distinct from, say, five, ten, or fifteen employees as the cut-off point for eligibility for the exemption. In balancing the interests of retail employees to a holiday in common with their family and friends against the s. 2(*a*) interests of those affected the Legislature engaged in the process envisaged by s. 1 of the *Charter*. A "reasonable limit" is one which, having regard to the principles enunciated in *Oakes*, it

le samedi, mais ce caractère incomplet est une conséquence nécessaire si l'on veut assurer que la loi prescrivant un jour commun de repos profite à un aussi grand nombre que possible de salariés. Les deux régimes représentent une tentative véritable et sérieuse de minimiser les effets préjudiciables d'une loi prescrivant un jour de repos sur ceux qui observent le samedi. Il est loin d'être clair qu'un régime est intrinsèquement meilleur que l'autre.

Dans ce contexte, je note que la liberté de religion, contrairement peut-être à la liberté de conscience, comporte des aspects à la fois individuels et collectifs. Les législateurs ont raison d'être conscients des effets d'une mesure législative autant sur l'ensemble des groupes religieux que sur les individus. Dans certaines circonstances, il est loisible d'évaluer les libertés religieuses de la majorité des membres d'un groupe religieux en particulier et celles de la minorité lorsque la différence de traitement est fondée sur un critère comme la taille du commerce de détail en cause, qui en soi ne contrevient pas aux dispositions, aux principes et aux objets de la Constitution.

Néanmoins, quoique les détaillants qui subissent un préjudice puissent être peu nombreux, aucun corps législatif au Canada n'a le droit de supprimer, sans raison impérieuse, l'une ou l'autre des libertés religieuses auxquelles ont droit ces personnes ou tout autre individu. À mon avis, l'évaluation des intérêts de plus de sept employés à bénéficier d'un jour commun de repos par rapport à la liberté de religion de ceux qui sont touchés justifie le régime d'exemptions choisi par la province de l'Ontario, tout au moins dans le cas où tout régime de rechange satisfaisant comporte une enquête sur les croyances religieuses.

J'ajouterais que je ne vois rien de magique dans le choix du chiffre sept plutôt que, disons, cinq, dix ou quinze employés comme étant le nombre limite pour être admissible à l'exemption. En évaluant les intérêts qu'ont les salariés du commerce de détail à bénéficier d'un jour commun de congé avec leurs familles et leurs amis par rapport aux droits que possèdent les personnes touchées en vertu de l'al. 2*a*), le législateur s'est engagé dans le processus envisagé par l'article premier de la *Charte*. Une

was reasonable for the legislature to impose. The courts are not called upon to substitute judicial opinions for legislative ones as to the place at which to draw a precise line.

Having said this, however, I do not share the views of the majority of the United States Supreme Court that no legislative effort need be made to accommodate the interests of any Saturday-observing retailers. In particular, I would be hard pressed to conceive of any justification for insisting that a small, family store which operates without any employees remain closed on Sundays when the tenets of the retailer's religion requires closing on Saturdays. In my view, the principles articulated in *Oakes* make it incumbent on a legislature which enacts Sunday closing laws to attempt very seriously to alleviate the effects of those laws on Saturday observers. The exemption in s. 3(4) of the Act under review in these appeals represents a satisfactory effort on the part of the Legislature of Ontario to that end and is, accordingly, permissible.

Arguably, the Legislature might have retained the desirable qualities of s. 3(4) and added thereto a special exemption for those with sincerely held Sabbatarian beliefs who cannot bring themselves within paras. (*b*) and (*c*) of subs. 3(4). In my view, there was no constitutional duty on the Ontario Legislature to do so. To insist that the only acceptable scheme of exemptions would have the attributes of s. 3(4) in respect of small to mid-size employers, but the attributes of s. 7(1) of the New Brunswick Act in respect of larger employers, would be to impose an excessively high standard on the legislators in view of the nature and extent of the abridgment of rights and the complexity of balancing against one another the constitutional and statutory interests of consumers, retailers and employees. Such a hybrid scheme would entail a greater disruption of the pause day than either scheme standing on its own. It would, in any event, fail to recognize that there is a point at which the size of retail business makes permissible a legisla-

«limite raisonnable» est une limite qui, compte tenu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, pouvait être raisonnablement imposée par le législateur. Les tribunaux ne sont pas appelés à substituer des opinions judiciaires à celles du législateur quant à l'endroit où tracer une ligne de démarcation.

Ceci dit, je ne partage pas cependant l'opinion des juges formant la majorité de la Cour suprême des États-Unis, portant qu'aucun effort n'est requis de la part du législateur pour composer avec les intérêts des détaillants qui observent le samedi. En particulier, il serait bien difficile de concevoir quelque motif justifiant d'insister pour qu'un petit magasin familial qui ne compte aucun employé ferme le dimanche alors que les préceptes de la religion de ce détaillant l'obligent à fermer son commerce le samedi. À mon avis, en vertu des principes énoncés dans l'arrêt *Oakes*, il incombe au législateur qui adopte une loi sur la fermeture le dimanche de tenter très sérieusement d'atténuer ses effets sur ceux qui observent le samedi. L'exemption du par. 3(4) de la Loi en cause dans les présents pourvois représente un effort satisfaisant en ce sens et est donc acceptable.

Certes, le législateur aurait pu conserver les qualités souhaitables énumérées au par. 3(4), et y ajouter une exemption spéciale pour ceux qui ont des croyances sincères en matière de sabbat, mais qui ne peuvent profiter des al. *b*) et *c*) dudit paragraphe. À mon avis, la Constitution n'oblige pas le législateur ontarien à le faire. Soutenir que le seul régime d'exemptions acceptable est celui qui a les attributs du par. 3(4) en ce qui concerne les petits et les moyens employeurs, mais ceux du par. 7(1) de la loi du Nouveau-Brunswick pour ce qui est des employeurs plus importants, reviendrait à imposer une norme excessivement stricte au législateur, compte tenu de la nature et de l'étendue de l'atteinte aux droits et de la complexité de l'évaluation corrélative des intérêts constitutionnels et légaux des consommateurs, des détaillants et de leurs employés. Un régime aussi hybride entraînerait une plus grande perturbation du jour de repos que l'un ou l'autre régime pris séparément. De toute façon, il ne reconnaîtrait pas qu'il arrive un moment où la taille d'un commerce de détail fait qu'il est acceptable que le législateur

tive decision to favour the employees' interests over those of the store owner.

I should emphasize that it is not the role of this Court to devise legislation that is constitutionally valid, or to pass on the validity of schemes which are not directly before it, or to consider what legislation might be the most desirable. The discussion of alternative legislative schemes that I have undertaken is directed to one end only, that is, to address the issue whether the existing scheme meets the requirements of the second limb of the test for the application of s. 1 of the *Charter* as set down in *Oakes*.

In view of the extent and quality of the abridgment of rights flowing from the legislation, I have little difficulty in applying the third element of the proportionality test. The infringement is not disproportionate to the legislative objectives. A serious effort has been made to accommodate the freedom of religion of Saturday observers, in so far as that is possible without undue damage to the scope and quality of the pause day objective. It follows that I would uphold the Act under s. 1.

VIII

Remedial Issues

In *Big M Drug Mart Ltd.* at p. 315, the majority of the Court left open the possibility that in certain circumstances a "constitutional exemption" might be granted from otherwise valid legislation to particular individuals whose religious freedom was adversely affected by the legislation. Such a remedy would, of course, not be available where the limitation of those individuals' religious freedom had been addressed by the Legislature by means of a statutory exemption and was held to be reasonable and demonstrably justified. Section 3(4) of the legislation under review in these appeals demonstrates that the Ontario Legislature has carefully considered the effects of the Act on Jewish retailers such as the owners of Nortown Foods Ltd. The Legislature consciously chose to alleviate the burdens on those Jewish retailers who can comply with the requirement that seven or

décide d'accorder la préférence aux intérêts des salariés plutôt qu'à ceux du propriétaire du magasin.

Je tiens à souligner qu'il n'appartient pas à cette Cour de concevoir une loi qui soit constitutionnellement valide, de se prononcer sur la validité de régimes dont elle n'est pas saisie directement, ni d'examiner quelles mesures législatives pourraient être les plus souhaitables. L'analyse d'autres régimes législatifs que j'ai entreprise a pour seul but d'aborder la question de savoir si le régime existant satisfait aux exigences du second volet du critère d'application de l'article premier de la *Charte*, énoncé dans l'arrêt *Oakes*.

Compte tenu de l'étendue et de la qualité de l'atteinte aux droits qui découle de la Loi, il ne m'est pas difficile d'appliquer le troisième volet du critère de proportionnalité. L'atteinte n'est pas disproportionnée aux objectifs législatifs. Un effort sérieux a été fait pour composer avec la liberté de religion de ceux qui observent le samedi, dans la mesure où cela était possible, sans préjudicier indûment à la portée et à la qualité de l'objectif consistant à avoir un jour de repos. Il s'ensuit que je conclus à la validité de la Loi en vertu de l'article premier.

VIII

Les questions de redressement

À la page 315 de l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, la Cour à la majorité n'a pas nié la possibilité d'accorder à certaines personnes, dans certains cas, une «exemption constitutionnelle» de l'application d'une loi par ailleurs valide qui porte atteinte à leur liberté de religion. Il va de soi qu'un tel redressement ne pourrait être obtenu lorsque la restriction apportée à la liberté religieuse de ces personnes a fait l'objet d'une exemption accordée par le législateur, et qu'on a jugé qu'elle était raisonnable et que sa justification pouvait se démontrer. Le paragraphe 3(4) de la loi en cause dans les présents pourvois démontre que le législateur ontarien a bien tenu compte des effets de la Loi sur des détaillants juifs comme les propriétaires de Nortown Foods Ltd. Le législateur a délibérément choisi d'alléger le fardeau imposé aux détaillants juifs qui peuvent satisfaire à l'exigence

fewer employees serve the public at any given time on Sundays. At the same time, however, it chose to subordinate the interests of larger retailers to the interests of their employees. As I have concluded that the Legislature's decision in this respect was permissible under s. 1, there is no basis upon which to grant a constitutional exemption to Nortown Foods Ltd. which was operating with nine rather than seven employees serving the public on January 16, 1983.

In view of the above conclusions, it is unnecessary to decide on the remedial issues presented by this case. I note, however, that if I had reached a different conclusion under s. 1 regarding the justifiability of the limitation on the freedom of religion of large Saturday-observing retailers, a number of issues would arise:

(1) Would the inadequacy of the exemption result in a declaration that s. 2 (or alternatively s. 3(4)(*b*) and (*c*)) of the Act was universally of no force or effect, or, on the contrary, would the Act be rendered ineffective or inapplicable with respect to a limited class of persons?

(2) If a remedy ought to be granted to a limited class of persons, such as observers of a day of rest other than Sunday, should such a remedy flow from s. 24 or s. 52 of the *Constitution Act, 1982*?

(3) If a remedy ought to be granted to a limited class of persons, is the respondent Nortown Foods Ltd. within that class having regard to the question whether (and if so, in what circumstances) a corporation can be attributed religious beliefs, or alternatively can be given standing to seek a constitutional exemption from legislation which abridges the freedom of religion of the corporation's principals? I have no hesitation in remarking that a business corporation cannot possess religious beliefs: see, in this respect Andrew Petter, "Not 'Never on a Sunday': *R. v. Videoflicks Ltd. et al.*", at p. 101 and Wallace Rozéfort, "Are Corporations Entitled to Freedom of Religion Under the *Canadian Charter of*

que le nombre d'employés au service du public le dimanche ne soit jamais supérieur à sept. Par la même occasion cependant, il a choisi de subordonner les intérêts des gros détaillants aux intérêts de leurs employés. Étant donné que j'ai conclu que la décision du législateur à cet égard était acceptable en vertu de l'article premier, rien ne justifie d'accorder une exemption constitutionnelle à Nortown Foods Ltd. qui comptait neuf plutôt que sept employés au service du public le 16 janvier 1983.

Vu les conclusions qui précèdent, il n'est pas nécessaire de statuer sur les questions de redressement soulevées par la présente affaire. Je souligne cependant que si j'étais arrivé à une conclusion différente, en vertu de l'article premier, au sujet du caractère justifiable d'une restriction de la liberté de religion des gros détaillants qui observent le samedi, un certain nombre de questions se poseraient:

1) L'exemption étant inadéquate, faudrait-il déclarer que l'art. 2 (ou bien les al. 3(4)*b*) et *c*)) de la Loi est inopérant à l'égard de tous ou, au contraire, la Loi serait-elle inapplicable ou sans effet à l'égard d'une catégorie limitée de personnes?

2) Au cas où un redressement devrait être accordé à une catégorie limitée de personnes, comme celles qui observent un jour de repos autre que le dimanche, ce redressement découlerait-il de l'art. 24 ou de l'art. 52 de la *Loi constitutionnelle de 1982*?

3) Au cas où un redressement devrait être accordé à une catégorie limitée de personnes, l'intimée Nortown Foods Ltd. ferait-elle partie de cette catégorie compte tenu de la question de savoir si (et si oui dans quel cas) une personne morale peut se voir attribuer des croyances religieuses ou, subsidiairement, avoir qualité pour demander une exemption constitutionnelle de l'application d'une loi qui porte atteinte à la liberté de religion de ses dirigeants? Je n'hésite pas à faire observer qu'une société commerciale ne saurait avoir des croyances religieuses: voir à cet égard Andrew Petter, «Not 'Never on a Sunday': *R. v. Videoflicks Ltd. et al.*», à la p. 101, et Wallace Rozéfort, «Are Corporations Entitled

Rights and Freedoms?" (1986), 15 *Man. L.J.* 199. A more difficult question is whether a corporate entity ought to be deemed in certain circumstances to possess the religious values of specified natural persons. If so, should the religion of the directors or shareholders or even employees be adopted as the appropriate test? What if there is a divergence of religious beliefs within the corporation?

The remedy granted to Nortown Foods Ltd. by the Ontario Court of Appeal implies answers to the above questions upon which I wish to express no further opinion in the present appeals.

IX

Seetion 7 of the *Charter*

In disposing of the contention that the Act infringes s. 7, I am content to adopt the following passage from the decision of the Ontario Court of Appeal at pp. 432-33:

> ... counsel for the appellant Paul Magder submitted that the Act is so fundamentally discriminatory within its own framework that it ought to be struck down as contravening s. 7 of the Charter, which provides:
>
> > 7. Everyone has the right to life, liberty and security of the person and the right not to be deprived thereof except in accordance with the principles of fundamental justice.
>
> I do not agree. As concluded earlier with respect to s. 2(*b*) of the Charter, I do not see differences by way of mere regulation of time and place as having such adverse impact as to constitute discrimination. Even if such adverse impact were proved, it would be more appropriate to consider the matter in the context of s. 15 of the Charter.

Counsel for Paul Magder argued that the statutory obligation to close his business on Sundays deprived him of "liberty". In my opinion "liberty" in s. 7 of the *Charter* is not synonymous with unconstrained freedom. In *Re B.C. Motor Vehicle Act*, [1985] 2 S.C.R. 486, at p. 524, Wilson J. observed:

to Freedom of Religion Under the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*?» (1986), 15 *Man. L.J.* 199. Une question plus difficile est de savoir si une personne morale devrait être réputée dans certains cas avoir les valeurs religieuses de personnes physiques spécifiques? Dans l'affirmative, devrait-on adopter comme critère approprié la religion de ses administrateurs, de ses actionnaires ou même de ses employés? Qu'arrivera-t-il si on trouve chez une même personne morale différentes croyances religieuses?

Le redressement accordé à Nortown Foods Ltd. par la Cour d'appel de l'Ontario suppose des réponses aux questions qui précèdent, sur lesquelles je ne tiens à exprimer aucune autre opinion dans les présents pourvois.

IX

L'article 7 de la *Charte*

Pour statuer sur la prétention que la Loi enfreint l'art. 7, je me contente d'adopter le passage suivant de l'arrêt de la Cour d'appel de l'Ontario aux pp. 432 et 433:

> [TRADUCTION] ... l'avocat de l'appelant Paul Magder a fait valoir que la Loi est si fondamentalement discriminatoire dans son économie qu'elle devrait être annulée pour le motif qu'elle contrevient à l'art. 7 de la Charte, qui porte:
>
> > 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.
>
> Je ne suis pas de cet avis. Comme on l'a déjà conclu au sujet de l'al. 2*b*) de la Charte, je ne crois pas que des différences de simple réglementation du temps et du lieu aient un effet préjudiciable au point de constituer de la discrimination. Même si l'existence d'un tel effet préjudiciable devait être prouvée, il serait plus approprié d'étudier la question dans le cadre de l'art. 15 de la Charte.

L'avocat de Paul Magder a soutenu que l'obligation légale de fermer son commerce le dimanche portait atteinte à sa «liberté». À mon avis, le terme «liberté» de l'art. 7 de la *Charte* n'est pas synonyme d'absence totale de contrainte. Dans le *Renvoi: Motor Vehicle Act de la C.-B.*, [1985] 2 R.C.S. 486, à la p. 524, le juge Wilson fait remarquer ce qui suit:

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.

Whatever the precise contours of "liberty" in s. 7, I cannot accept that it extends to an unconstrained right to transact business whenever one wishes.

Accordingly, the s. 7 argument advanced by Paul Magder is without merit.

X

Section 15 of the *Charter*

No cogent argument was advanced in support of the availability of s. 15 to challenge the conviction of the retailers in the present cases. Section 32(2) is clear:

32. ...

(2) Notwithstanding subsection (1), section 15 shall not have effect until three years after this section comes into force.

The retailers in the present appeals opened their stores, were charged and were convicted at a time when the *Charter* did not confer a right to equality before and under the law. Even if it could be said that the *Retail Business Holidays Act* has abridged the retailers' s. 15 rights since April 17, 1985, I cannot see how this might have any bearing on the legality of their convictions or of the Act prior to that time. The proceedings began and continued through the courts as quasi-criminal proceedings. This is not a reference nor even a series of applications for declaratory relief. Accordingly, no answer ought to be given to the second constitutional question in respect of s. 15.

XI

Conclusions

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.

Quel que soit le sens précis du terme «liberté» à l'art. 7, je ne saurais accepter qu'il aille jusqu'à s'entendre du droit illimité de faire des affaires toutes les fois qu'on le veut.

En conséquence, l'argument de l'art. 7 invoqué par Paul Magder n'est pas fondé.

X

L'article 15 de la *Charte*

Aucun argument convaincant n'a été invoqué à l'appui de la possibilité de recourir à l'art. 15 pour contester la déclaration de culpabilité des détaillants dans les présentes espèces. Le paragraphe 32(2) est clair:

32. ...

(2) Par dérogation au paragraphe (1), l'article 15 n'a d'effet que trois ans après l'entrée en vigueur du présent article.

En l'espèce, les détaillants ont ouvert leurs magasins, ont été inculpés et déclarés coupables à une époque où la *Charte* ne conférait pas de droit à l'égalité devant la loi. Même si on pouvait dire que la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* porte atteinte aux droits que les détaillants possèdent, en vertu de l'art. 15, depuis le 17 avril 1985, je ne vois pas comment cela pourrait avoir quelque incidence sur la légalité de leurs déclarations de culpabilité ou de la Loi avant cette date. Les procédures ont été engagées et se sont déroulées devant les tribunaux comme des procédures quasi criminelles. Il ne s'agit pas en l'espèce d'un renvoi ni même d'une série de demandes de jugement déclaratoire. En conséquence, nous n'avons pas à répondre à la seconde question constitutionnelle en ce qui concerne l'art. 15.

XI

Conclusions

The appeals of Edwards Books and Art Ltd., Longo Brothers et al., and Paul Magder ought to be dismissed without costs. The Crown appeal in the Nortown Foods Ltd. case ought to be allowed without costs and the respondent convicted.

The constitutional questions should be answered as follows:

1. Question: Is the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, within the legislative powers of the Province of Ontario pursuant to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*?

   Answer: Yes.

2. Question: Does the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, or any part thereof, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(*a*), 7 and/or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, to what extent does it infringe or deny these rights?

   Answer: In respect of s. 2(*a*), the freedom of religion of Saturday-observing retailers is infringed by s. 2 of the *Retail Business Holidays Act*. No determination need be reached in the present appeal regarding the freedom of religion of Hindus, Moslems or other religious groups. In respect of s. 7, there is no infringement. No answer should be given in respect of s. 15.

3. Question: If the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, or any part thereof, infringes or denies in any way ss. 2(*a*), 7 and/or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to what extent, if any, can such limits on the rights protected by these sections be justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and thereby rendered not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

   Answer: The infringement of the freedom of religion of Saturday-observing retail-

Les pourvois d'Edwards Books and Art Ltd., de Longo Brothers et autres, et de Paul Magder doivent être rejetés sans dépens. Le pourvoi formé par le ministère public contre Nortown Foods Ltd. doit être accueilli sans dépens et l'intimée reconnue coupable.

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. Question: La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453, relève-t-elle des pouvoirs législatifs que possède la province de l'Ontario conformément à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

   Réponse: Oui.

2. Question: La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453, porte-t-elle atteinte, en totalité ou en partie, aux droits et libertés garantis par l'un ou l'autre de l'al. 2*a*) et des art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, dans quelle mesure porte-t-elle atteinte à ces droits?

   Réponse: Quant à l'al. 2*a*), l'art. 2 de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* porte atteinte à la liberté de religion des détaillants qui observent le samedi. Il n'est pas nécessaire de se prononcer en l'espèce au sujet de la liberté de religion des hindous, des musulmans ou de quelque autre groupe religieux. Quant à l'art. 7, il n'y a aucune atteinte. Aucune réponse ne doit être donnée en ce qui concerne l'art. 15.

3. Question: Si la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453, ou une partie de cette loi, porte atteinte d'une manière quelconque à l'un ou l'autre de l'al. 2*a*) et des art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans quelle mesure ces restrictions aux droits garantis par ces dispositions peuvent-elles être justifiées par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, être compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

   Réponse: L'atteinte que porte la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de*

ers under the *Retail Business Holidays Act* is justifiable under s. 1.

The reasons of Beetz and McIntyre JJ. were delivered by

BEETZ J.—I have had the advantage of reading the reasons for judgment written by the Chief Justice, as well as the reasons written by Wilson and La Forest JJ.

I refer to and rely upon the reasons of the Chief Justice with respect to the statement of the constitutional questions, the scheme of the impugned legislation in the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, and the summary of the facts and the judgments below.

I agree with the Chief Justice that the first constitutional question should receive an affirmative answer for the reasons he gave under the heading "The Distribution of Powers Under ss. 91-92 of the *Constitution Act, 1867*".

I also agree with the Chief Justice that the impugned legislation does not contravene s. 7 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and that s. 15 of the *Charter* is not applicable since it did not have effect during the relevant period of time.

However, in my respectful opinion, the impugned legislation does not violate the freedom of conscience and religion guaranteed by s. 2(*a*) of the *Charter* and, accordingly, is of full force and effect without any need to rely on s. 1 of the *Charter*.

The main argument advanced by the retail store owners for the proposition that their freedom of conscience and religion was violated by the *Retail Business Holidays Act* was set out in the reasons of the Court of Appeal *sub nom. R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, at p. 423:

As discussed previously, a law which prohibits certain practices which are an essential part of one's religion must be considered an abridgement or infringement of freedom of religion. This is so even though the impact on

détail à la liberté de religion des détaillants qui observent le samedi est justifiable en vertu de l'article premier.

Version française des motifs des juges Beetz et McIntyre rendus par

LE JUGE BEETZ—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement rédigés par le Juge en chef de même que ceux rédigés par les juges Wilson et La Forest.

Je me réfère aux motifs du Juge en chef et m'appuie sur eux pour ce qui est de l'énoncé des questions constitutionnelles, de l'économie des articles litigieux de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453, du résumé des faits et des jugements d'instance inférieure.

Je conviens avec le Juge en chef que la première question constitutionnelle doit recevoir une réponse affirmative pour les motifs qu'il donne sous le titre «Le partage des compétences en vertu des art. 91 et 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*».

Je conviens également avec le Juge en chef que le texte de loi en cause n'enfreint pas l'art. 7 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et que l'art. 15 de la *Charte* ne s'applique pas puisqu'il n'était pas en vigueur à l'époque pertinente.

Avec égards, j'estime toutefois que le texte de loi en cause ne viole pas la liberté de conscience et de religion garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte* et donc qu'il a plein effet sans qu'il soit nécessaire de s'appuyer sur l'article premier de la *Charte*.

Le principal argument invoqué par les propriétaires des commerces de détail pour soutenir l'argument que la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* viole leur liberté de conscience et de religion est énoncé dans les motifs de la Cour d'appel *sub nom. R. v. Videoflicks Ltd.* (1984), 48 O.R. (2d) 395, à la p. 423:

[TRADUCTION] Comme on l'a dit précédemment, une loi qui interdit certaines pratiques qui constituent un élément essentiel d'une religion doit être considérée comme diminuant ou violant la liberté de religion. Ceci se

religion occurs, as here, in an indirect sense. While the Act does not require that one work on one's sabbath, it nevertheless constitutes a major inducement to do so. For those who observe a sabbath other than Sunday, being forced to close on both days of a week-end or, for that matter, any two days in a week, when one's competitors can remain open for six days, makes observance of one's sabbath financially onerous.

(Emphasis added.)

In other words, the impugned legislation puts the retail store owners who are Saturday observers in an untenable position: they must either renounce the tenets of their religion or close their store on Saturday while their competitors remain open and enjoy the advantages of doing business six days a week instead of five.

In my respectful opinion, this reasoning is flawed as it postulates that the economic burden imposed upon Saturday observers is the effect of the impugned legislation. That this is not the case is made clear when one looks at the situation which would prevail should all Sunday observance laws be repealed. A devout Saturday observer would close shop on Saturdays whereas most of his competitors would remain open all week. A Saturday observer would have to face the same dilemma in the absence of any Sunday observance law: he would have to choose between the observance of his religion and the opening of his business in order to meet competition.

The economic harm suffered by a Saturday observer who closes shop on Saturdays is not caused by the *Retail Business Holidays Act*. It is independent from this Act. It results from the deliberate choice of a tradesman who gives priority to the tenets of his religion over his financial benefit. It is accordingly erroneous to suggest that the effect of the Act is to induce a Saturday observer to choose between his religion and the requirements of business competition. As was correctly said by Professor A. Petter in the comment he wrote upon the judgment of the Court of Appeal in "Not 'Never on a Sunday' *R. v. Videoflicks Ltd. et al.*" (1984-85), 49 *Sask. Law Rev.* 96, at pp. 98 and 99:

produit même si les répercussions sur la religion se produisent comme en l'espèce de façon indirecte. Bien que la Loi n'exige pas que l'on travaille le jour du sabbat, elle constitue une incitation très forte à le faire. Comme ceux qui observent un sabbat autre que le dimanche se trouvent forcés de fermer les deux jours du week-end ou, d'ailleurs, n'importe quels autres deux jours de la semaine alors que leurs concurrents peuvent rester ouverts six jours, cela rend l'observance de leur sabbat plus onéreuse financièrement.

(C'est moi qui souligne.)

Autrement dit, le texte de loi en cause place les propriétaires de commerce de détail qui observent le samedi dans une situation intenable: ils doivent renoncer à l'observance de leurs principes religieux ou encore fermer le samedi alors que leurs concurrents restent ouverts et profitent des avantages de faire affaire six jours par semaine au lieu de cinq.

À mon avis, ce raisonnement est erroné car il postule que le fardeau économique imposé à ceux qui observent le samedi est dû au texte de loi en litige. L'inexactitude de cette proposition devient évidente lorsqu'on examine la situation qui prévaudrait si toutes les lois sur l'observance du dimanche étaient abrogées. Un pratiquant qui observe le samedi fermerait boutique le samedi, tandis que la plupart de ses concurrents resteraient ouverts toute la semaine. Celui qui observe le samedi serait aux prises avec le même dilemme en l'absence de loi sur l'observance du dimanche: il devrait choisir entre l'observance de sa religion et l'ouverture de son commerce afin de faire face à la concurrence.

Le préjudice économique subi par celui qui observe le samedi et qui ferme son magasin le samedi n'est pas causé par la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*. Il est indépendant de cette loi. Il découle du choix délibéré d'un commerçant qui décide de faire primer les principes de sa religion sur ses profits financiers. Il est donc erroné de suggérer que l'effet de la Loi est de pousser celui qui observe le samedi à opter entre sa religion et les nécessités de la concurrence commerciale. Comme le souligne justement le professeur A. Petter en commentant le jugement rendu en cette affaire par la Cour d'appel dans «Not 'Never on a Sunday': *R. v. Videoflicks Ltd. et al.*» (1984-85), 49 *Sask. Law Rev.* 96, aux pp. 98 et 99:

Where the Court errs is in its assumption that the financial burden incurred by those who observe a Sabbath other than Sunday is an effect of the legislation. It is not the legislation which causes the financial burden: it is the religion itself.

The appellants other than Her Majesty The Queen and the respondent Nortown Foods Limited can accordingly not plead the unconstitutionality of the impugned statute on the basis of a coercion or constraint which is derived from their religion. In a judgment delivered after that of the Court of Appeal, *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, this Court has made it clear that in order to constitute a violation of the freedom of conscience and religion guaranteed by the *Charter*, the coercion must come from the state. At pp. 336 and 347, Dickson J., as he then was, speaking for the majority, wrote as follows:

> Freedom can primarily be characterized by the absence of coercion or constraint. If a person is compelled by the state or the will of another to a course of action or inaction which he would not otherwise have chosen, he is not acting of his own volition and he cannot be said to be truly free.
>
> . . .
>
> It may perhaps be that freedom of conscience and religion extends beyond these principles to prohibit other sorts of governmental involvement in matters having to do with religion. For the present case it is sufficient in my opinion to say that whatever else freedom of conscience and religion may mean, it must at the very least mean this: government may not coerce individuals to affirm a specific religious belief or to manifest a specific religious practice for a sectarian purpose. I leave to another case the degree, if any, to which the government may, to achieve a vital interest or objective, engage in coercive action which s. 2(*a*) might otherwise prohibit.

It may well be that the true reason why the constitutionality of the *Retail Business Holidays Act* was challenged is the apparent advantage that it may confer upon Sunday observers whose Sabbath coincides with the common pause day prescribed by the Act. If this be the case, the challenge would then be based on s. 15 of the *Charter* and not on s. 2. Professor Petter suggests as much in his comment on the Court of Appeal judgment (see also Peter W. Hogg, *Constitutional Law of*

[TRADUCTION] Là où la Cour se trompe, c'est dans sa présomption que le fardeau financier de ceux qui observent un sabbat autre que le dimanche est un effet de la Loi. Ce n'est pas la loi qui cause le fardeau financier: c'est la religion elle-même.

Les appelants autres que Sa Majesté La Reine et l'intimée Nortown Foods Limited sont donc mal fondés d'invoquer l'inconstitutionnalité de la loi en litige en se fondant sur une coercition ou une contrainte qui provient de leur religion. Dans un arrêt rendu après celui de la Cour d'appel, *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, cette Cour a bien établi que la coercition doit émaner de l'État pour constituer une violation de la liberté de conscience et de religion garantie par la *Charte*. Voici ce que le juge Dickson, alors juge puîné, a exposé au nom de la majorité aux pp. 336 et 347:

> La liberté peut se caractériser essentiellement par l'absence de coercition ou de contrainte. Si une personne est astreinte par l'État ou par la volonté d'autrui à une conduite que, sans cela, elle n'aurait pas choisi d'adopter, cette personne n'agit pas de son propre gré et on ne peut pas dire qu'elle est vraiment libre.
>
> . . .
>
> Il se peut que la liberté de conscience et de religion outrepasse ces principes et qu'elle ait pour effet d'interdire d'autres sortes d'ingérences gouvernementales dans les affaires religieuses. Aux fins de la présente espèce, il me paraît suffisant d'affirmer que, quels que soient les autres sens que peut avoir la liberté de conscience et de religion, elle doit à tout le moins signifier ceci: le gouvernement ne peut, dans un but sectaire, contraindre des personnes à professer une foi religieuse ou à pratiquer une religion en particulier. Je ne me prononce pas ici sur la question de savoir dans quelle mesure, s'il y a lieu, le gouvernement peut, en vue de réaliser un intérêt ou un objectif essentiel, exercer une coercition qui pourrait par ailleurs être interdite par l'al. 2*a*).

Il est bien possible que la véritable raison de la contestation de la constitutionnalité de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* soit l'avantage apparent qu'elle peut conférer à ceux qui observent le dimanche et dont le sabbat coïncide avec le jour de repos commun fixé par la Loi. Si tel était le cas, la contestation serait alors fondée sur l'art. 15 de la *Charte* plutôt que sur l'art. 2. C'est ce que le professeur Petter suggère dans son commentaire de l'arrêt de la Cour d'appel

Canada (1985), p. 711). But, as I have already indicated, s. 15 did not have effect at the relevant time and I abstain from expressing any view on the merits of a challenge based on this provision.

The preceding addresses the freedom of religion of shop owners which was the main object of the argument. However, consumers and employees have also been referred to and I wish to make very brief comments concerning these two groups.

It has been argued for instance that the impugned legislation infringes the freedom of religion of consumers who are Saturday observers in that it makes shopping and food buying more difficult for some or many of them. The evidence on this point however is so tenuous as to be almost non-existent and, in my view, it is quite insufficient to establish even a *prima facie* violation of consumers' freedom of religion.

There is no evidence either on the religion of employees and on the possible impact of the legislation upon their freedom of religion. It may be that the above-discussed principles relating to shop owners apply also to their employees. What has been mainly discussed with respect to employees is not their freedom of religion but the advantage they would be deprived of without a common pause day.

The appeals of Edwards Books and Art Limited, Longo Brothers et al. and Paul Magder ought to be dismissed without costs. The Crown appeal in the Nortown Foods Limited case should be allowed without costs, the judgment of the Court of Appeal in this case should be set aside and the respondent's conviction restored.

The constitutional questions should be answered as follows:

1. Question: Is the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, within the legislative powers of the Province of Ontario pursuant to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*?

(voir également Peter W. Hogg, *Constitutional Law of Canada* (1985), p. 711). Mais comme je l'ai déjà dit, l'art. 15 n'était pas en vigueur à l'époque pertinente et je m'abstiens donc de tout commentaire sur la valeur d'une contestation fondée sur cette disposition.

Ce qui précède vise la liberté de religion des propriétaires de magasin, ce qui constituait l'objet principal de la plaidoirie. Cependant, il a aussi été question des consommateurs et des employés et je veux faire quelques brèves observations au sujet de ces deux groupes.

On a fait valoir par exemple que le texte de loi en cause viole la liberté de religion des consommateurs qui observent le samedi puisque, pour certains ou plusieurs d'entre eux, il devient plus difficile de faire des courses et de s'approvisionner. Toutefois, la preuve à cet égard est si ténue qu'elle est presque inexistante et, à mon avis, elle est tout à fait insuffisante pour prouver même une violation *prima facie* de la liberté de religion des consommateurs.

Il n'y a aucune preuve sur la religion des employés et sur les répercussions possibles de la Loi sur leur liberté de religion. Il se peut que les principes discutés ci-dessus à l'égard des propriétaires de magasins s'appliquent aussi à leurs employés. Ce qui a été essentiellement discuté à propos des employés n'est pas leur liberté de religion, mais l'avantage qu'ils perdraient sans un jour de repos commun.

Les pourvois d'Edwards Books and Art Limited, de Longo Brothers et autres, et de Paul Magder doivent être rejetés sans dépens. Le pourvoi formé par le ministère public contre Nortown Foods Limited doit être accueilli sans dépens, l'arrêt de la Cour d'appel dans cette affaire doit être infirmé et la déclaration de culpabilité de l'intimée doit être rétablie.

Les questions constitutionnelles reçoivent les réponses suivantes:

1. Question: La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453, relève-t-elle des pouvoirs législatifs que possède la province de l'Ontario conformément à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Answer: Yes.

2. Question: Does the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, or any part thereof, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(*a*), 7 and/or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, to what extent does it infringe or deny these rights?

Answer: In respect of s. 2(*a*) and s. 7 of the *Charter*, there is no infringement. No answer should be given in respect of s. 15.

3. Question: If the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, or any part thereof, infringes or denies in any way ss. 2(*a*), 7 and/or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to what extent, if any, can such limits on the rights protected by these sections be justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and thereby rendered not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: Given the answer to question 2, this question does not call for an answer.

The following are the reasons delivered by

LA FOREST J.—I have had the advantage of reading the judgment of the Chief Justice and while I agree with his disposition of the case and with most of his supporting reasons, we have significant differences of views regarding the Sabbatarian exemption that impel me to write a separate judgment. Essentially, what we differ about is whether the Legislature is by s. 2(*a*) of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* constitutionally required to provide a Sabbatarian exemption in order to relieve those who worship on Saturday from the economic burden they may suffer because of the existence of the Act.

I should at the outset say that I fully agree with the Chief Justice that the freedom of religion guaranteed by s. 2(*a*) not only serves to protect the individual against direct legislative coercion but against indirect legislative coercion as well. This

Réponse: Oui.

2. Question: La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453, porte-t-elle atteinte, en totalité ou en partie, aux droits et libertés garantis par l'un ou l'autre de l'al. 2*a*) et des art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, dans quelle mesure porte-t-elle atteinte à ces droits?

Réponse: Quant à l'al. 2*a*) et l'art. 7 de la *Charte*, il n'y a aucune atteinte. Aucune réponse ne doit être donnée en ce qui concerne l'art. 15.

3. Question: Si la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453, ou une partie de cette loi, porte atteinte d'une manière quelconque à l'un ou l'autre de l'al. 2*a*) et des art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans quelle mesure ces restrictions aux droits garantis par ces dispositions peuvent-elles être justifiées par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, être compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Vu la réponse à la question 2, aucune réponse à cette question-ci n'est nécessaire.

Version française des motifs rendus par

LE JUGE LA FOREST—J'ai eu l'avantage de lire les motifs de jugement du Juge en chef et, tout en étant d'accord avec sa décision en l'espèce et avec la plupart des raisons qu'il invoque à l'appui de sa décision, nous divergeons sensiblement d'opinions quant à l'exemption sabbatique, ce qui me pousse à rédiger des motifs séparés. Essentiellement, notre divergence porte sur la question de savoir si le législateur est, en vertu de l'al. 2*a*) de la *Charte canadienne des droits et libertés*, constitutionnellement obligé de prévoir une exemption sabbatique afin de décharger ceux qui s'adonnent au culte le samedi du fardeau que l'existence de la Loi peut leur imposer sur le plan économique.

Je tiens à dire au départ que je suis parfaitement d'accord avec le Juge en chef pour dire que la liberté de religion, garantie par l'al. 2*a*), sert non seulement à protéger l'individu de toute coercition législative directe, mais aussi de toute coercition

was made clear by *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295. I am also prepared to assume that some retailers who look upon a day other than Sunday as their day of worship, or who observe religious holidays other than the holidays set forth in the Act, suffer economic disadvantages because of the existence of the Act. It is also reasonable to assume that for some the indirect economic burden resulting from the Act is sufficiently onerous to constitute an infringement of their freedom of religion. However, while this may well be the case, I think it would require evidence to warrant the conclusion that the burden on Saturday-observing retailers is sufficiently substantial as to constitute an abridgment of their religious freedom.

législative indirecte. C'est ce qu'a établi clairement l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295. Je suis également disposé à présumer que certains détaillants pour qui le jour de culte est un jour autre que le dimanche, ou qui observent certaines fêtes religieuses autres que les jours fériés énoncés dans la Loi, subissent des désavantages d'ordre économique à cause de l'existence de la Loi. Il est aussi raisonnable de présumer que pour certains le fardeau économique indirect qui résulte de la Loi est suffisamment lourd pour constituer une atteinte à leur liberté de religion. Cependant, bien qu'il se puisse fort bien que ce soit le cas, je pense qu'il faudrait des preuves pour justifier la conclusion que le fardeau imposé aux détaillants qui observent le samedi est suffisamment important pour constituer une atteinte à leur liberté de religion.

But even if the operation of the Act may have some adverse effect on the freedom of religion of those who worship on a day other than Sunday, it may nonetheless be held valid under s. 1 of the *Charter*. For under that provision freedom of religion, like other rights and freedoms guaranteed by the *Charter*, is subject to such reasonable limits prescribed by law as can be demonstrably justified in a free and democratic society. The Chief Justice concludes, and I agree with him, that the legislative objective involved here is of sufficient importance to warrant intrusion on the constitutional freedom set forth in s. 2(*a*). As he notes, the Act is aimed at a pressing and substantial concern. It is directed at preserving a uniform weekly day of rest and recreation, and other holidays, a goal the Chief Justice's judgment amply demonstrates is justified in a free and democratic society. The atmosphere of community repose and relaxation traditionally associated with Sunday and its resultant recuperative effects is a goal the Legislature may reasonably believe is necessary for the public welfare. A similar view has been adopted in the United States; see *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961).

Mais, même si la Loi peut avoir un effet préjudiciable sur la liberté de religion de ceux qui s'adonnent au culte un jour autre que le dimanche, elle peut néanmoins être jugée valide en vertu de l'article premier de la *Charte*. En effet, aux termes de cette disposition, la liberté de religion, à l'instar des autres droits et libertés que garantit la *Charte*, peut être restreinte 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. Le Juge en chef conclut, ce dont je conviens, que l'objectif législatif en cause en l'espèce est d'une importance suffisante pour justifier un empiétement sur la liberté constitutionnelle énoncée à l'al. 2*a*). Comme il le fait remarquer, la Loi vise une préoccupation urgente et réelle. Elle vise à préserver un jour de repos et de loisir hebdomadaire uniforme, ainsi que d'autres jours fériés, un objectif qui, comme le démontrent amplement les motifs du Juge en chef, est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'atmosphère de repos et de détente collectifs traditionnellement associée au dimanche et les effets de récupération qui en résultent constituent un objectif que le législateur peut raisonnablement considérer comme nécessaire au bien-être de la population. Un point de vue semblable a été adopté aux États-Unis: voir l'arrêt *McGowan v. Maryland*, 366 U.S. 420 (1961).

In several cases decided by the Court, however, in particular, *R. v. Oakes*, [1986] 1 S.C.R. 103, this Court has expressed the view that the means chosen by the legislature must be proportionate to the ends sought to be achieved. Having examined and disposed of other possible courses that might have been taken to provide a weekly day of rest, the Chief Justice concludes that the means adopted by the Legislature meets the test of proportionality, but that it would not if a Sabbatarian exemption had not been provided. Section 3(4) of the Act in effect exempts any retail establishment that was closed on Saturday if the number of people working in the establishment on Sunday does not at any time exceed seven and the total area used by it on Sunday does not exceed 5,000 square feet.

As already mentioned, it is at this point that the Chief Justice and I part company. The Act, in my view, would be valid even if it did not contain this exemption. Indeed, as I will attempt to demonstrate, the exemption may be subject to constitutional weaknesses, though I do not think these jeopardize the validity of the Act itself. Our difference of opinion is important. A determination that such an exemption is necessary may raise serious issues regarding the constitutionality of Sunday closing laws in several provinces, among them those of British Columbia, *Holiday Shopping Regulation Act*, S.B.C. 1980, c. 17, Newfoundland, *The Shops Closing Act*, S.N. 1977, c. 107, Nova Scotia, *Retail Business Uniform Closing Day Act*, S.N.S. 1985, c. 6, Quebec, *Commercial Establishments Business Hours Act*, R.S.Q., c. H-2, s. 5.3, *Sunday Observance Act*, R.S.Q. 1977, c. O-1, and Saskatchewan, *The Urban Municipality Act, 1984*, S.S. 1983-84, c. U-11, s. 121, as. am.

Let me first underline what is mentioned in the Chief Justice's judgment, that in describing the criteria comprising the proportionality requirement, the Court has been careful to avoid rigid and inflexible standards. That seems to me to be essential. Given that the objective is of pressing and substantial concern, the Legislature must be

Toutefois, dans plusieurs de ses arrêts, dont *R. c. Oakes*, [1986] 1 R.C.S. 103, la Cour s'est dite d'avis que les moyens choisis par le législateur doivent être proportionnés aux fins recherchées. Après avoir examiné, puis écarté, les autres avenues qu'il aurait été possible d'emprunter pour prescrire un jour de repos hebdomadaire, le Juge en chef conclut que le moyen choisi par le législateur satisfait au critère de proportionnalité, mais que ce ne serait pas le cas si une exemption sabbatique n'avait pas été prévue. Le paragraphe 3(4) de la Loi exempte en fait tout établissement de commerce de détail qui ferme le samedi, pourvu que le nombre d'employés qui travaillent dans l'établissement le dimanche ne soit jamais supérieur à sept et que la superficie totale qu'il utilise le dimanche ne dépasse pas 5 000 pieds carrés.

Comme je l'ai déjà mentionné, c'est sur ce point que je ne partage plus l'avis du Juge en chef. La Loi, à mon avis, serait valide même si elle ne contenait pas cette exemption. En fait, comme je vais tenter de le démontrer, l'exemption peut prêter le flanc à certaines faiblesses constitutionnelles, bien que je ne croie pas que ces faiblesses mettent en péril la validité de la Loi elle-même. Notre divergence d'opinions est importante. Juger qu'une telle exemption est nécessaire est de nature à soulever de sérieuses questions quant à la constitutionnalité des lois de fermeture le dimanche dans plusieurs provinces, dont la Colombie-Britannique, *Holiday Shopping Regulation Act*, S.B.C. 1980, chap. 17, Terre-Neuve, *The Shops Closing Act*, S.N. 1977, chap. 107, la Nouvelle-Écosse, *Retail Business Uniform Closing Day Act*, S.N.S. 1985, chap. 6, le Québec, *Loi sur les heures d'affaires des établissements commerciaux*, L.R.Q., chap. H-2, art. 5.3, *Loi sur l'observance du dimanche*, L.R.Q. 1977, chap. O-1, et la Saskatchewan, *The Urban Municipality Act, 1984*, S.S. 1983-84, chap. U-11, art. 121 tel que modifié.

Permettez-moi tout d'abord de souligner, comme le mentionne l'avis du Juge en chef, qu'en décrivant les critères circonscrivant l'exigence de proportionnalité, la Cour a pris soin d'éviter de fixer des normes strictes et rigides. Cela me paraît essentiel. Étant donné que l'objectif est de répondre à une préoccupation urgente et réelle, il faut

allowed adequate scope to achieve that objective. It must be remembered that the business of government is a practical one. The Constitution must be applied on a realistic basis having regard to the nature of the particular area sought to be regulated and not on an abstract theoretical plane. In interpreting the Constitution, courts must be sensitive to what Frankfurter J. in *McGowan, supra,* at p. 524 calls "the practical living facts" to which a legislature must respond. That is especially so in a field of so many competing pressures as the one here in question.

By the foregoing, I do not mean to suggest that this Court should, as a general rule, defer to legislative judgments when those judgments trench upon rights considered fundamental in a free and democratic society. Quite the contrary, I would have thought the *Charter* established the opposite regime. On the other hand, having accepted the importance of the legislative objective, one must in the present context recognize that if the legislative goal is to be achieved, it will inevitably be achieved to the detriment of some. Moreover, attempts to protect the rights of one group will also inevitably impose burdens on the rights of other groups. There is no perfect scenario in which the rights of all can be equally protected.

In seeking to achieve a goal that is demonstrably justified in a free and democratic society, therefore, a legislature must be given reasonable room to manoeuvre to meet these conflicting pressures. Of course, what is reasonable will vary with the context. Regard must be had to the nature of the interest infringed and to the legislative scheme sought to be implemented. In a case like the present, it seems to me, the Legislature is caught between having to let the legislation place a burden on people who observe a day of worship other than Sunday or create exemptions which in their practical workings may substantially interfere with the goal the Legislature seeks to advance and which themselves result in imposing burdens on Sunday observers and possibly on others as

accorder au législateur suffisamment de latitude pour lui permettre de l'atteindre. Il faut se rappeler que la tâche de gouverner revêt un caractère pratique. L'application de la Constitution doit se faire de manière réaliste en tenant compte de la nature du domaine particulier qu'on veut réglementer et ne pas être une affaire de théorie abstraite. En interprétant la Constitution, les tribunaux doivent être conscients de ce que le juge Frankfurter, dans l'arrêt *McGowan*, précité, à la p. 524, appelle [TRADUCTION] «la réalité pratique de la vie», à laquelle le législateur doit répondre. C'est particulièrement le cas dans un domaine comme celui présentement en cause, où se font sentir autant de pressions opposées.

Par là, je ne veux pas laisser entendre que la Cour devrait, en règle générale, s'en remettre au bon jugement du législateur lorsque celui-ci porte atteinte à des droits considérés comme fondamentaux dans le cadre d'une société libre et démocratique. Bien au contraire, j'aurais pensé que la *Charte* établit le régime opposé. D'autre part, ayant reconnu l'importance de l'objectif du législateur en l'espèce, on se doit dans le présent contexte de reconnaître que, si l'objectif du législateur doit être atteint, il ne pourra l'être qu'au détriment de certains. En outre, toute tentative de protéger les droits d'un groupe grèvera inévitablement les droits d'autres groupes. Il n'y a pas de scénario parfait qui puisse permettre de protéger également les droits de tous.

Donc, en cherchant à atteindre un objectif dont il est démontré qu'il est justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique, le législateur doit disposer d'une marge de manœuvre raisonnable pour répondre à ces pressions opposées. Bien entendu, ce qui est raisonnable variera avec le contexte. On doit tenir compte de la nature de l'intérêt brimé et du régime législatif qu'on veut implanter. Dans un cas comme la présente affaire, il me semble que le législateur fait face à un dilemme: ou bien il laisse la Loi imposer un fardeau à ceux qui observent un jour de culte autre que le dimanche, ou bien il prévoit des exemptions qui auront pour effet pratique de contrecarrer sensiblement l'objectif qu'il cherche à promouvoir et qui elles-mêmes auront pour résultat d'imposer

well. That being so, it seems to me that the choice of having or not having an exemption for those who observe a day other than Sunday must remain, in essence, a legislative choice. That, barring equality considerations, is true as well of the compromises that must be made in creating religious exemptions. These choices require an in-depth knowledge of all the circumstances. They are choices a court is not in a position to make.

To begin with, a Sabbatarian exemption always involves defining the nature of the day of rest. The extent to which it does so depends on the kind of day of rest the Legislature seeks to achieve and the breadth of the exemption. Here the Legislature has sought to have, as much as possible, a uniform weekly day of rest and recreation with only such exemptions as it, on sufficient grounds, considers essential. All exempted activities tend to disturb the relaxed atmosphere sought to be achieved by a uniform weekly day of rest. In addition to the disruption from the exempted activities themselves, these activities inevitably result in others, such as increased traffic and the like, that further disturb the atmosphere sought to be achieved. They also create competitive pressures on others to remain open, which makes enforcement more difficult and, indeed, can ultimately threaten the viability of the legislative goal; see in this context the debate regarding the British *Shops (Sunday Trading Restriction) Act, 1936*, 26 Geo. 5 & 1 Edw. 8, c. 53, referred to by Frankfurter J. in *McGowan v. State of Maryland, supra,* pp. 480 et seq.

Through the operation of sociological and economic forces, an exemption of this kind also puts pressure on Sunday observers to work on Sunday. The Ontario Law Reform Commission's Report, pp. 103-04 referred to the special vulnerability of retail workers to such pressures. As it stated at p. 104:

un fardeau à ceux qui observent le dimanche et peut-être même à d'autres personnes aussi. Cela étant, il me semble que le choix de prévoir ou non une exemption pour ceux qui observent un jour autre que le dimanche doit demeurer essentiellement le choix du législateur. Toute considération d'égalité mise à part, cela est vrai autant des compromis qui doivent être faits lorsque des exemptions religieuses sont créées. Ces choix exigent une connaissance approfondie de toutes les circonstances. Il y a des choix qu'un tribunal n'est pas en mesure de faire.

Pour commencer, une exemption sabbatique comporte toujours une définition de la nature du jour de repos. La mesure dans laquelle elle la définit dépend du genre de jour de repos que le législateur cherche à prescrire et de l'ampleur de l'exemption. En l'espèce, le législateur a voulu créer, autant que faire se peut, un jour de repos et de loisir hebdomadaire uniforme, assorti des seules exemptions que, pour des motifs suffisants, il considère comme essentielles. Toutes les activités exemptées tendent à perturber l'atmosphère de détente qu'on recherche dans un jour de repos hebdomadaire uniforme. Outre les perturbations qui découlent des activités exemptées elles-mêmes, ces dernières sont inévitablement à la source d'autres facteurs, comme l'accroissement de la circulation routière et ainsi de suite, qui perturbent davantage l'atmosphère recherchée. Elles ont aussi pour effet, sur le plan de la concurrence, d'inciter d'autres personnes à garder leurs commerces ouverts, ce qui rend l'application plus difficile et peut même mettre en péril la viabilité de l'objectif du législateur: voir à cet égard le débat entourant la *Shops (Sunday Trading Restriction) Act, 1936* britannique, 26 Geo. 5 & 1 Edw. 8, chap. 53, auquel se réfère le juge Frankfurter dans l'arrêt *McGowan v. State of Maryland*, précité, aux pp. 480 et suiv.

Sous l'action des forces économiques et sociologiques, une exemption de ce genre peut aussi avoir pour effet d'inciter ceux qui observent le dimanche à travailler ce jour-là. La Commission de réforme du droit de l'Ontario, aux pp. 103 et 104 de son rapport, mentionne le fait que les salariés du commerce de détail sont particulièrement vulnérables à ces pressions. Elle affirme notamment à la p. 104:

Perhaps the major concern here, which again tends to emphasize sociological as opposed to economic issues, is the possibility of subtle pressure being applied to push reluctant employees into accepting regular Sunday work or even occasional Sunday work. The concern, then, is mainly for low-skilled, non-union and poorly educated employees whose continued earnings are critical for family support, people who have the least mobility in terms of job alternatives and are least capable of expressing themselves to redress their grievances. Particularly in times of high unemployment, these people are susceptible to economic coercion and would unlikely be in any position to offer effective resistance to Sunday employment dictated by management, even though they were given a "legal choice" as to whether or not they wanted to work Sundays.

Sunday observers, no less than other people in that group, would tend to respond to those pressures. Thus a legislative attempt to avoid economic coercion of one religious group may result in economic coercion of another religious group. How is a court able to second-guess the Legislature on such issues? Of course, employers might seek to avoid infringing other people's religious beliefs by hiring only their co-religionists but this, too, is a result a legislature might not wish to encourage.

The Legislature in this case has attempted to avoid obvious differentiation on religious grounds by making the Sabbatarian exemption open to anyone falling within the requirements regarding the number of employees and the amount of space mentioned in s. 3(4) of the Act. This exemption could, of course, interfere with the atmosphere of repose and recreation it seeks to create, and impose an economic burden on some Sunday observers. That is, of course, a legislative choice, but I simply refer to it to underline that such choices inevitably define the nature of the day of rest sought to be created and detrimentally affect other religious groups. What is more, the provision hardly disguises the fact that differentiation is being made on the ground of religion. For my part, I do not think it is much of an improvement over

[TRADUCTION] Ce qui constitue ici peut-être notre plus grande crainte, qui tend encore une fois à faire ressortir les dimensions sociologiques par rapport aux dimensions économiques, c'est la possibilité que des pressions subtiles soient exercées pour forcer les salariés récalcitrants à accepter de travailler régulièrement ou même occasionnellement le dimanche. Il faut donc se préoccuper d'abord des salariés peu qualifiés, non syndiqués et peu instruits dont l'apport continu des revenus est essentiel au soutien de leur famille, et qui sont les moins mobiles en matière d'autres possibilités d'emploi et les moins à même de s'exprimer pour qu'on remédie à leurs griefs. À une époque de chômage élevé en particulier, ces gens sont sujets à la coercition économique et ne seraient vraisemblablement pas en mesure de s'opposer efficacement au travail le dimanche que leur imposeraient leurs patrons, même s'ils avaient le «choix légal» de travailler ou de ne pas travailler le dimanche.

Ceux qui observent le dimanche, tout comme les autres membres de ce groupe, auraient tendance à réagir à ces pressions. Ainsi, la tentative du législateur d'éviter qu'un groupe religieux fasse l'objet de coercition économique peut avoir pour résultat de soumettre un autre groupe religieux à ce même type de coercition. Comment un tribunal peut-il, dans de telles matières, substituer son propre jugement à celui du législateur? Bien entendu, les employeurs pourraient chercher à éviter de porter atteinte aux croyances religieuses d'autres personnes en n'engageant que des coreligionnaires, mais c'est là aussi un résultat que le législateur pourrait ne pas vouloir encourager.

Le législateur, en l'espèce, a tenté d'éviter une différenciation évidente fondée sur la religion en rendant l'exemption sabbatique accessible à quiconque satisfait aux exigences concernant le nombre d'employés et la superficie mentionnées au par. 3(4) de la Loi. Cette exemption pourrait naturellement mettre obstacle à l'atmosphère de repos et de détente qu'il cherche à créer et imposer un fardeau économique à certaines personnes qui observent le dimanche. Il s'agit là, bien entendu, d'un choix du législateur, mais j'en parle tout simplement pour souligner que de tels choix définissent inévitablement la nature du jour de repos qu'on veut créer et portent préjudice à d'autres groupes religieux. Qui plus est, la disposition camoufle à peine le fait que cette différenciation se fonde sur la religion. Pour ma part, je ne crois pas

being expressly exempted on the ground of religion. In any event, the choice is one that another legislature might reasonably wish to avoid.

Many of these considerations were expressed better than I can by Frankfurter J. (Harlan J. concurring) in *McGowan v. Maryland, supra*, at pp. 515-16:

There are tenable reasons why a legislature might choose not to make such an exception. To whatever extent persons who come within the exception are present in a community, their activity would disturb the atmosphere of general repose and reintroduce into Sunday the business tempos of the week. Administration would be more difficult, with violations less evident and, in effect, two or more days to police instead of one. If it is assumed that the retail demand for consumer items is approximately equivalent on Saturday and on Sunday, the Sabbatarian, in proportion as he is less numerous, and hence the competition less severe, might incur through the exception a competitive advantage over the non-Sabbatarian, who would then be in a position, presumably, to complain of discrimination against his religion. Employers who wished to avail themselves of the exception would have to employ only their co-religionists, and there might be introduced into private employment practices an element of religious differentiation which a legislature could regard as undesirable.

Finally, a relevant consideration which might cause a State's lawmakers to reject exception for observers of another day than Sunday is that administration of such a provision may require judicial inquiry into religious belief.

At pages 519-20, he added:

Surely, in light of the delicate enforcement problems to which these provisions bear witness, the legislative choice of a blanket Sunday ban applicable to observers of all faiths cannot be held unreasonable. A legislature might in reason find that the alternative of exempting Sabbatarians would impede the effective operation of the Sunday statutes, produce harmful collateral effects, and entail, itself, a not inconsiderable intrusion into matters of religious faith. However preferable, personal-

que ce soit là une amélioration par rapport à une exemption expressément fondée sur la religion. De toute façon, c'est là un choix qu'un autre législateur pourrait raisonnablement vouloir éviter.

Le juge Frankfurter (à l'avis duquel a souscrit le juge Harlan) a exposé mieux que je ne puis le faire un bon nombre de ces considérations dans l'arrêt *McGowan v. Maryland*, précité, aux pp. 515 et 516:

[TRADUCTION] Il y a de bonnes raisons pour que le législateur choisisse de ne pas prescrire une exception de ce genre. Quelle que soit la mesure dans laquelle il y a dans la collectivité des personnes à qui l'exception profite, leurs activités perturberaient l'atmosphère générale de repos et réintroduiraient dans le dimanche le bourdonnement des activités commerciales de la semaine. L'application de la Loi serait plus difficile, avec des violations moins évidentes et, en fait, avec deux jours ou plus à surveiller au lieu d'un seul. Si l'on présume que la demande de biens de consommation offerts en vente au détail est approximativement la même le samedi que le dimanche, ceux qui observent le sabbat, qui sont en proportion moins nombreux et pour qui la concurrence est moins féroce, pourraient acquérir, grâce à l'exception, un avantage d'ordre concurrentiel sur ceux qui n'observent pas le sabbat qui seraient alors vraisemblablement en mesure de se plaindre de subir une discrimination fondée sur leur religion. Les employeurs qui souhaiteraient se prévaloir de l'exception devraient n'employer que des coreligionnaires, ce qui pourrait avoir pour effet d'introduire dans les pratiques privées d'embauche un élément de différenciation religieuse que le législateur pourrait considérer comme non souhaitable.

Enfin, un facteur pertinent qui pourrait amener le législateur d'un État à rejeter toute exception applicable à ceux qui observent un jour autre que le dimanche, est que l'application d'une telle disposition est susceptible de requérir un examen judiciaire portant sur les croyances religieuses.

Aux pages 519 et 520, il ajoute:

[TRADUCTION] Sûrement, compte tenu des problèmes délicats de mise en application dont témoignent ces dispositions, le choix du législateur en faveur d'une interdiction dominicale générale, applicable aux fidèles de toutes confessions, ne saurait être jugé déraisonnable. Le législateur pourrait raisonnablement conclure que la solution consistant à exempter ceux qui observent le sabbat nuirait à l'application efficace des lois sur le dimanche, produirait des effets secondaires préjudicia-

ly, one might deem such an exception, I cannot find that the Constitution compels it.

Similar views were expressed by Warren C.J., speaking for himself and Black, Clark and Whittaker JJ., in the companion case of *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961), at pp. 608-09. Indeed, it is interesting that at the time of these judgments, every appellate court in the United States before which the question had ever been raised (save one which subsequently overruled the decision) had found Sunday legislation valid, and this despite the fact that many of the Acts concerned did not contain a Sabbatarian exemption; see Frankfurter J. in *McGowan v. Maryland*, at pp. 507-08. This Court, of course, is free to take a different path, but I think the consistent views of courts similarly placed over a period of several generations is not a negligible factor in assessing the soundness of the approach.

It should also be underlined that the ultimate aim of the Ontario Law Reform Commission was to secure a uniform and general day of rest, a purpose which given the general correlation of the Act with the Report can be attributed to the Legislature. It was because of the special vulnerability of retail workers to possible pressure from their employers to work on Sunday that legislation was considered necessary. The need for a quiet Sunday was felt to be sufficiently protected in other areas by the normal operation of economic and social forces, in particular the power of trade unions to secure Sunday as a uniform day of rest in other aspects of work. It should also be underlined that the *Lord's Day Act*, R.S.C. 1970, c. L-13, was in effect at the time of the enactment of the Ontario legislation and served to preserve Sunday as a day of rest in other areas. Since *Big M Drug Mart Ltd., supra*, has now declared the *Lord's Day Act* invalid, the province may find it necessary or expedient to move into other areas,

bles et occasionnerait elle-même une ingérence non négligeable dans le domaine de la foi religieuse. Si préférable qu'on puisse personnellement juger une telle exception, je ne saurais dire que la Constitution l'exige.

Des opinions semblables ont été exprimées par le juge en chef Warren, en son propre nom et en celui des juges Black, Clark et Whittaker, dans l'arrêt, rendu simultanément, *Braunfeld v. Brown*, 366 U.S. 599 (1961), aux pp. 608 et 609. D'ailleurs, il est intéressant de noter qu'à l'époque de ces arrêts, toutes les juridictions d'appel des États-Unis qui avaient déjà été saisies de la question (à l'exception d'une seule qui avait subséquemment rejeté l'arrêt) avaient conclu à la validité des lois sur le dimanche, et ce, en dépit du fait que plusieurs des lois en cause ne comportaient aucune exemption sabbatique; voir le juge Frankfurter dans l'arrêt *McGowan v. Maryland*, aux pp. 507 et 508. La Cour, naturellement, est libre d'emprunter une voie différente, mais je pense que le fait que des tribunaux, placés dans une situation semblable, aient adopté un point de vue constant au cours de plusieurs générations ne constitue pas un facteur négligeable quand il s'agit d'évaluer le bien-fondé de ce point de vue.

Il faudrait aussi souligner que la Commission de réforme du droit de l'Ontario avait pour objectif ultime d'assurer un jour de repos uniforme et général, objectif qui, étant donné la concordance générale de la Loi avec le Rapport, peut être attribué au législateur. C'est à cause du fait que les salariés du commerce de détail sont particulièrement vulnérables aux pressions que leurs employeurs peuvent éventuellement exercer sur eux en vue de les faire travailler le dimanche, que la Loi a été jugée nécessaire. La nécessité d'assurer la tranquillité dominicale a été jugée suffisamment préservée dans d'autres secteurs par l'action normale des forces socio-économiques, dont la puissance qu'ont les syndicats pour assurer un jour de repos uniforme le dimanche dans d'autres secteurs d'activités. Il faut aussi souligner que la *Loi sur le dimanche*, S.R.C. 1970, chap. L-13, était en vigueur au moment de l'adoption de la loi ontarienne et qu'elle servait à préserver le jour du repos dominical dans d'autres secteurs. Puisque l'arrêt *Big M Drug Mart Ltd.*, précité, a déclaré la *Loi sur le dimanche* invalide, la province pourra juger nécessaire ou opportun de prêter attention à d'au-

particularly if economic forces become insufficient to achieve the legislative will.

All of this is to show the place of the Act in the scheme of things. Sabbatarian exemptions in many other areas of activity would likely be unworkable, so the possible exemptions from an effective scheme for a quiet Sunday must of necessity be of too narrow and insufficient scope to protect in any great measure non-Sunday observers. And as we have seen, whatever exemptions are made not only pose problems regarding the attainment of the statutory objectives but themselves tend to impose pressure on the freedom of religion of others. All of this leads me to the view that the competing pressures inevitably require numerous choices and compromises specifically attuned to the particular situation in which the legislation must operate. This, as I see it, requires that the Legislature be left with considerable flexibility in making these choices. The following remarks of Frankfurter J. in dealing with other exceptions in the *McGowan* case, at p. 526 have relevance here as well:

> Moreover, the variation from activity to activity in the degree of disturbance which Sunday operation entails, and the similar variation in degrees of temptation to flout the law, and in degrees of ability to absorb and ignore various legal penalties, make exceedingly difficult the devising of effective, yet comprehensively fair, schemes of sanctions.

My conclusion may also be supported by a close consideration of how a Sabbatarian exemption must be framed. If such exemptions are to operate without placing the whole Sunday closing scheme in jeopardy, judgments have to be made in context about the kinds of establishments that may be excepted, whether in terms of numbers of employees or the spatial dimensions of these establishments or otherwise. For this type of decision one must necessarily rely on legislative judgment. In terms of intrusion on religion, there can be no difference, as Wilson J. demonstrates, between the owner of a large or small establishment. Indeed,

tres secteurs, surtout si les forces économiques se révèlent insuffisantes pour réaliser la volonté du législateur.

Tout cela a pour but de situer la Loi dans l'ordre des choses. Les exemptions sabbatiques dans bien d'autres secteurs d'activités ne pourraient probablement pas fonctionner; il s'ensuit que les exemptions éventuelles de l'application d'un régime efficace destiné à assurer la tranquillité dominicale doivent nécessairement avoir une portée trop étroite et insuffisante pour pouvoir protéger de manière significative ceux qui n'observent pas le dimanche. Et, comme nous l'avons vu, quelles que soient les exemptions apportées, non seulement elles suscitent des problèmes à l'égard de la réalisation des objectifs de la Loi, mais elles tendent elles-mêmes à faire pression sur la liberté de religion d'autres individus. Tout cela m'amène à adopter l'opinion que les pressions qui se font concurrence obligent inévitablement à faire de nombreux choix et compromis spécialement adaptés au contexte particulier dans lequel la Loi doit s'appliquer. Cela, à mon sens, exige que le législateur jouisse d'une grande latitude en faisant ces choix. Les remarques suivantes faites par le juge Frankfurter, en examinant d'autres exceptions dans l'arrêt *McGowan*, à la p. 526, ont aussi leur utilité en l'espèce:

> [TRADUCTION] En outre, la variation, d'une activité à l'autre, de la perturbation qu'entraîne le travail le dimanche, et la variation similaire des degrés de tentation de faire fi de la loi, et de la capacité d'absorber et d'ignorer diverses peines légales, rendent excessivement difficile la conception d'un régime de sanctions efficace qui soit en même temps parfaitement équitable.

Ma conclusion peut aussi être étayée par un examen attentif de la façon dont une exemption sabbatique doit être formulée. Si de telles exemptions doivent pouvoir fonctionner sans mettre tout le système de fermeture dominicale en danger, certaines décisions doivent être prises en contexte au sujet du genre d'établissements qui peuvent être exemptés, que ce soit en ce qui concerne le nombre d'employés ou la superficie de ces établissements, ou en ce qui concerne d'autres questions. Dans ce genre de décision, on doit nécessairement s'en remettre au jugement du législateur. Pour ce qui est de l'ingérence dans la religion, il ne peut y

the owner of the larger establishment is likely to suffer a greater economic loss than the owner of the smaller one.

As I mentioned, decisions of this kind call for informed legislative judgment. Judges do not have the specific information necessary to decide where the line is to be drawn. Thus can we say, by the mere fact that Ontario exempts establishments having up to seven workers at a time and up to 5,000 square feet of space, that Quebec's Sabbatarian exception for retail establishments, limited as it is to establishments that are operated by no more than three persons at any one time (and then only subject to Ministerial approval and conditions), is insufficient to pass constitutional muster? See *Commercial Establishments Business Hours Act, supra,* s. 5.3. The Quebec *Sunday Observance Act, supra,* which prohibits industrial work in any business or calling, as well as retail sales, contains no Sabbatarian exemption, a fact that indicates that the Legislature perceives different requirements in different contexts. (I leave out of consideration the general provision in these Acts restricting the application of the *Charter.*)

What is more are both the Ontario and Quebec Acts to be measured against the broad exemptions present in the Manitoba Act (*The Retail Businesses Holiday Closing Act*, S.M. 1977, c. 26) and the Prince Edward Island Act (the *Day of Rest Act*, S.P.E.I. 1985, c. 12, s. 4(3)) which are not qualified by the size of the establishment or the number of persons employed? The New Brunswick Act (the *Days of Rest Act*, S.N.B., 1985, c. D-4.2, s. 7(1)(*c*)) also contains a similar broad exemption but it is subject to specific approval by a Board, which may attach conditions to an exemption. The Alberta Act, *Municipal Government Amendment Act,* S.A. 1985, c. 43, s. 31 (enacting s. 241), contains enabling provisions whose practical work-

avoir de différence, comme le démontre le juge Wilson, entre le propriétaire d'un grand ou d'un petit établissement. En fait, le propriétaire d'un grand établissement est susceptible de subir une perte économique plus importante que le propriétaire d'un petit commerce.

Comme je l'ai mentionné, des décisions de ce genre appellent le jugement éclairé du législateur. Les juges ne disposent pas de l'information pertinente nécessaire pour décider où la ligne de démarcation doit être tracée. Ainsi, le simple fait que l'Ontario exempte les commerces qui ne compte pas plus de sept employés en même temps et dont la superficie ne dépasse pas 5 000 pieds carrés, nous permet-il de dire que l'exemption sabbatique québécoise dans le cas des commerces de détail, dont ne peuvent bénéficier que les établissements dont le nombre d'employés n'est jamais supérieur à trois (et alors uniquement sous réserve de l'approbation et des conditions du Ministre), est insuffisante pour être constitutionnellement acceptable? Voir la *Loi sur les heures d'affaires des établissements commerciaux*, précitée, art. 5.3. La *Loi sur l'observance du dimanche*, précitée, du Québec, qui défend d'exécuter toute œuvre industrielle, ainsi que d'exercer aucun négoce ou métier, y compris la vente au détail, ne comporte aucune exemption sabbatique, ce qui indique que le législateur perçoit des exigences différentes dans des contextes différents. (Je ne tiens pas compte de la disposition générale qui, dans ces lois, restreint l'application de la *Charte.*)

Qui plus est, doit-on évaluer les lois tant québécoise qu'ontarienne en fonction des exemptions générales qu'on trouve dans la loi manitobaine (*The Retail Businesses Holiday Closing Act*, S.M. 1977, chap. 26) et dans la loi de l'Île-du-Prince-Édouard (*Day of Rest Act*, S.P.E.I. 1985, chap. 12, par. 4(3)) dont l'application n'est limitée ni par la taille de l'établissement ni par le nombre d'employés? La loi du Nouveau-Brunswick (*Loi sur les jours de repos*, L.N.-B. 1985, chap. D-4.2, al. 7(1)*c*)) comporte aussi une exemption générale semblable qui est cependant assujettie à l'approbation expresse d'une commission qui peut l'assortir de conditions. La loi albertaine, *Municipal Government Amendment Act*, S.A. 1985, chap. 43,

ings cannot be determined in the abstract. The simple fact is that what may work effectively in one province (or in a part of it) may simply not work in another without unduly interfering with the legislative scheme. And a compromise adopted at a particular time may not be possible at another; one cannot be bound constitutionally to facts found to exist when the studies preparatory to legislation were made.

The foregoing is sufficient to dispose of the issue with which I am particularly concerned but I would draw attention to the fact that the New Brunswick and Prince Edward Island statutes raise a further dimension which tends to show how difficult the legislative task of framing adequate religious exemptions may be. The religious exemptions in those statutes are not limited to those who worship on Saturday, but are open to anyone who worships on any other day of the week.

It is true that the evidence presented to the Court regarding other religious groups was scanty and that relating to Hindus, unsatisfactory. But counsel during argument freely discussed other days of worship by other groups. Besides, I do not accept that in dealing with broad social and economic facts such as those involved here the Court is necessarily bound to rely solely on those presented by counsel. The admonition in *Oakes* and other cases to present evidence in *Charter* cases does not remove from the courts the power, where it deems it expedient, to take judicial notice of broad social and economic facts and to take the necessary steps to inform itself about them. Examples of cases where this has been done in this Court include *Reference re Alberta Statutes*, [1938] S.C.R. 100 especially at p. 128, and as affd. *sub nom. Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117, at pp. 130-32; *Curr v. The Queen*, [1972] S.C.R. 889, at pp. 902-03; see also *R. v. Jones*, [1986] 2 S.C.R. 284; for discussions, see B. Strayer, *The Canadian Constitution and The Courts*, at pp. 252-56; S.A. Schiff, *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, c. 11, pp.

art. 31 (édictant l'art. 241), contient des dispositions habilitantes dont l'effet pratique ne peut être déterminé de manière abstraite. Le fait est simplement que ce qui peut bien fonctionner dans une province (ou dans une partie de son territoire) peut tout simplement ne pas fonctionner dans une autre sans contrecarrer indûment le régime de la loi. Et un compromis adopté à une époque donnée peut se révéler impossible à un autre moment; on ne peut pas être lié constitutionnellement aux faits dont l'existence a été constatée au moment où les études préparatoires à la mesure législative ont été faites.

Ce qui précède est suffisant pour trancher la question qui me préoccupe tout particulièrement, mais je ferais remarquer que les lois du Nouveau-Brunswick et de l'Île-du-Prince-Édouard ont une dimension supplémentaire, qui tend à montrer à quel point peut être difficile la tâche du législateur qui veut créer des exemptions religieuses adéquates. Les exemptions religieuses dans ces lois ne sont pas limitées à ceux qui s'adonnent au culte le samedi; peut y avoir recours quiconque s'adonne au culte pendant un autre jour de la semaine.

Il est vrai que la preuve soumise à la Cour au sujet d'autres groupes religieux était peu abondante et que celle relative aux hindous n'était pas satisfaisante. Cependant les avocats, au cours de l'argumentation, ont librement débattu des autres jours de culte d'autres groupes. D'ailleurs, je n'accepte pas qu'en traitant de faits socio-économiques généraux comme ceux qui sont en cause en l'espèce, la Cour soit nécessairement obligée de s'en remettre uniquement à ceux présentés par les avocats. L'avertissement, dans l'arrêt *Oakes* et dans d'autres arrêts, de produire des éléments de preuve dans les affaires qui relèvent de la *Charte*, n'enlève pas aux tribunaux le pouvoir qu'ils ont, lorsqu'ils le jugent opportun, de prendre connaissance d'office de certains faits socio-économiques généraux et de prendre les mesures nécessaires pour s'informer à leur sujet. Parmi les exemples d'affaires où cette Cour a ainsi procédé, il y a l'arrêt *Reference re Alberta Statutes*, [1938] R.C.S. 100, particulièrement à la p. 128 et, tel que confirmé *sub nom. Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada*, [1939] A.C. 117, aux pp. 130 à 132; l'arrêt *Curr c. La Reine*, [1972] R.C.S. 889, aux

682-84, 712-13. The United States Supreme Court does the same. A classic case in this context is the well-known abortion case, *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973); see Lempert and Saltzburg, *A Modern Approach to Evidence*, pp. 920-22.

pp. 902 et 903; voir aussi l'arrêt *R. c. Jones*, [1986] 2 R.C.S. 284; pour des analyses, voir B. Strayer, *The Canadian Constitution and The Courts*, aux pp. 252 à 256; S. A. Schiff, *Evidence in the Litigation Process*, vol. 2, chap. 11, aux pp. 682 à 684 ainsi que 712 et 713. La Cour suprême des États-Unis agit de la même façon. Une affaire classique en ce sens est l'arrêt bien connu en matière d'avortement *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1973), voir Lempert et Saltzburg, *A Modern Approach to Evidence*, aux pp. 920 à 922.

There are, of course, dangers to judicial notice, but the alternatives in a case like this are to make an assumption without facts or to make a decision dependent on the evidence counsel has chosen to present. But as Marshall C.J. long ago reminded us, it is a *Constitution* we are interpreting. It is undesirable that an Act be found constitutional today and unconstitutional tomorrow simply on the basis of the particular evidence of broad social and economic facts that happens to have been presented by counsel. We should avoid this possibility when reasonably possible, particularly in these early days of *Charter* litigation when all are feeling their way regarding the manner in which *Charter* litigation is to be conducted. Having said this, however, I would not wish to be taken as in any way departing from the proposition that the onus of establishing a limitation under s. 1 of the *Charter* is on the party seeking to do so, or relieving that party of the duty to present evidence in support of the limitation. The presumption is in favour of the right, not the limitation.

Il y a évidemment des dangers à prendre connaissance d'office, mais les solutions de rechange dans un cas comme celui-ci consistent à formuler une présomption qui ne repose sur aucun fait ou à prendre une décision en fonction des éléments de preuve que les avocats ont choisi de soumettre. Mais, comme le juge en chef Marshall nous l'a rappelé il y a longtemps, c'est une *constitution* que nous interprétons. Il n'est pas souhaitable qu'une loi soit jugée constitutionnelle aujourd'hui et inconstitutionnelle demain simplement à partir des éléments de preuve particuliers qui se trouvent à avoir été soumis par les avocats relativement à des faits socio-économiques généraux. Nous devrions éviter cette éventualité lorsque c'est raisonnablement possible, particulièrement pour ces premiers litiges qui relèvent de la *Charte* alors que tous tâtonnent, à la recherche de la voie à emprunter dans de telles instances. Cela dit cependant, je ne voudrais pas qu'on pense que je m'écarte de la proposition selon laquelle la charge de démontrer le bien-fondé d'une restriction en vertu de l'article premier de la *Charte* appartient à la partie qui cherche à l'imposer, ni que je dégage cette dernière de son obligation de soumettre des éléments de preuve à l'appui de cette restriction. La présomption est en faveur du droit et non de la restriction.

In any event, evidence was not altogether lacking that one religious group, the Moslems, look upon Friday as their special day of worship. The Ontario Law Reform Commission Report makes reference to this fact at p. 90; see also *The New Encyclopedia Britannica*, vol. 22, esp. at p. 13. Moslems, like Jews, have found the necessity of observing Sunday as a day of rest sufficiently burdensome to raise the issue of the constitutional

De toute manière, il existe certaines preuves qu'un groupe religieux, les musulmans, considèrent le vendredi comme leur jour de culte particulier. Le rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario mentionne ce fait à la p. 90; voir aussi *The New Encyclopedia Britannica*, vol. 22, à la p. 13 en particulier. Les musulmans, comme les juifs, ont jugé la nécessité d'observer le dimanche comme jour de repos suffisamment vexatoire pour

validity of Sunday closing laws in the United States; see *State v. Gates*, 141 S.E.2d 369 (W. Va. 1965).

Assuming numbers make a difference, Moslems in this country are not a disproportionately small group as compared to Jews and other Saturday observers. While some 90% (or over 21½ million) of Canada's people are affiliated with some Christian church, Jews constitute 1.2% of the population (or 296,425 people). Moslems are about a third as numerous (98,165) or 0.4% of the Canadian population, i.e. a proportion of roughly 3 to 1; see *Canada Year Book*, 1985, p. 60 (1981 Census). For Ontario, the proportion of Moslems (0.6%) to Jews (1.7%) is somewhat higher; see *The Canadian Encyclopedia*, vol. 3, p. 1566. Even if one added other Saturday worshipers like Seventh-day Adventists, the relative proportion would probably not be fundamentally changed. Given present day immigration policies, the Moslem population in Canada is likely to rise; see *ibid.*, vol. 2, pp. 864, 906, and while efforts are being made to change the pattern of residence, it is likely that Ontario will continue to get a larger proportion of immigrants than the other provinces; see *ibid.*, vol. 2, pp. 864-65. Given these circumstances, it is not at first sight easy to see why an exemption is not constitutionally required for Moslems, if it is required for Jews and other Saturday observers. The provision of the *Charter*, s. 27, favouring multiculturalism would reinforce this way of looking at things.

Indeed, the more serious long-term question may be whether an exemption restricted to Saturday can meet the demands of the equality provision, s. 15, rather than whether the Act is valid without that exemption; see Cihlar, Cook, Martori, Jr. and Meyer, "Church-State — State-Religious Institutions and Values: A Legal Survey —

contester la constitutionnalité des lois de fermeture le dimanche aux États-Unis: voir *State v. Gates*, 141 S.E.2d 369 (W. Va. 1965).

À supposer que le nombre ait de l'importance, les musulmans dans notre pays ne constituent pas un groupe particulièrement petit par comparaison aux juifs ou aux autres personnes qui observent le samedi. Si quelque 90 pour 100 (soit plus de 21,5 millions) des Canadiens sont affiliés à une confession chrétienne quelconque, les juifs constituent 1,2 pour 100 de la population (soit 296 425 habitants). Les musulmans sont environ trois fois moins nombreux (98 165), soit 0,4 pour 100 de la population canadienne, c.-à-d. une proportion de trois contre un environ; voir *Annuaire du Canada*, 1985, à la p. 64 (recensement de 1981). Pour l'Ontario, la proportion des musulmans (0,6 pour 100) par rapport aux juifs (1,7 pour 100) est quelque peu supérieure; voir *The Canadian Encyclopedia*, vol. 3, à la p. 1566. Même si l'on ajoutait les autres personnes qui observent le samedi, comme les adventistes du septième jour, la proportion relative ne serait probablement pas modifiée fondamentalement. Compte tenu des politiques actuelles en matière d'immigration, la population musulmane du Canada devrait probablement augmenter; voir *ibid.*, vol. 2, aux pp. 864 et 906, et bien que des efforts soient faits actuellement en vue de modifier les tendances dans le choix du lieu de résidence, l'Ontario continuera vraisemblablement de recevoir une plus large proportion d'immigrants que les autres provinces; voir *ibid.*, vol. 2, aux pp. 864 et 865. Compte tenu de ces circonstances, il n'est pas facile de prime abord de voir pourquoi une exemption n'est pas constitutionnellement requise pour les musulmans, à supposer qu'elle le soit pour les juifs et les autres personnes qui observent le samedi. L'article 27 de la *Charte*, qui favorise le multiculturalisme, renforcerait cette façon de voir les choses.

En fait, la question la plus grave à long terme est peut-être celle de savoir si une exemption qui se limite au samedi peut satisfaire aux exigences de l'art. 15 en matière d'égalité et non pas si la loi serait valide sans cette exemption: voir Cihlar, Cook, Martori fils, et Meyer, «Church-State— State-Religious Institutions and Values: A Legal

1964-66," 41 *Notre Dame Lawyer* 681 (1966), at pp. 739 et seq.; R. A. Spellman, "A New Look at Sunday Closing Legislation", 45 *Nebraska Law Rev.* 775 (1966). Section 15, however, was not in force at the time the offences charged here took place and I need not enter further into the matter.

I have not mentioned other religious groups, many of which, I gather, do not have a specific weekly holy day as opposed to periodic religious holidays, though some have quite a number of these and may be subject to varying pressures from the requirements of Sunday closing laws. What exemptions are to be made for these groups, and what are the implications of such exemptions for the requirements of equality and the viability of the legislative scheme? From some laws it is possible to make exemptions on the ground of religion, without undermining the legislative scheme or affecting the religious and other rights of others. But this is not possible for other laws. Sunday closing laws appear to me to fall within the latter category.

The likelihood is that the burden on minority religious groups results less from Sunday closing than from other laws and social customs; see *The Canadian Encyclopedia*, vol. 2, p. 907. Though an effort must be made to avoid imposing majority views on minority groups so far as this is reasonably possible, in the end in the particular area with which we are concerned here, Sunday closing laws, the nature of the choices and compromises to be made are matters that must be left to the legislatures. There has, in fact, been a growing legislative recognition of the desirability of making accommodations for minority religious groups in this area. When the Ontario Law Reform Commission Report was published in 1970 (see p. 350), there were no religious exemptions in any province of Canada. Today four of the provinces have enacted such exemptions. A similar pattern has prevailed in the United States. Of the thirty-four more or less comprehensive State Sunday closing laws in force when *McGowan*, was decided, twenty-one had some form of Sabbatarian exemption, *supra* at

Survey—1964-66», 41 *Notre Dame Lawyer* 681 (1966), aux pp. 739 et suiv.; R. A. Spellman, «A New Look at Sunday Closing Legislation», 45 *Nebraska Law Rev.* 775 (1966). L'article 15 n'était cependant pas en vigueur au moment où les infractions reprochées auraient été commises, aussi n'ai-je pas à m'étendre davantage sur cette question.

Je n'ai pas mentionné d'autres groupes religieux, dont plusieurs, je crois comprendre, n'ont pas de jour sacré hebdomadaire spécifique, par opposition à des jours de fête religieuse, quoique pour certains ces derniers soient fort nombreux et que les exigences des lois de fermeture le dimanche puissent exercer sur eux des pressions diverses. Quelles exemptions doivent être prévues pour ces groupes et quelles est leur incidence sur les exigences d'égalité et la viabilité du régime législatif? Dans le cas de certaines lois, il est possible de prévoir des exemptions fondées sur la religion, sans porter atteinte au régime législatif ni toucher aux droits religieux et autres d'autrui. Mais cela n'est pas possible dans le cas d'autres lois. Les lois de fermeture le dimanche me semblent tomber dans cette dernière catégorie.

Il est vraisemblable que le fardeau imposé aux groupes religieux minoritaires résulte moins d'une obligation de fermer le dimanche que d'autres lois et coutumes sociales: voir *The Canadian Encyclopedia*, vol. 2, à la p. 907. S'il est vrai qu'il faut faire un effort pour éviter d'imposer le point de vue de la majorité aux groupes minoritaires dans la mesure où cela est raisonnablement possible, en définitive dans le domaine particulier qui nous occupe en l'espèce, soit les lois de fermeture le dimanche, on doit laisser aux corps législatifs le soin de faire les choix et les compromis qui s'imposent. En fait, le législateur reconnaît de plus en plus qu'il est souhaitable de composer avec les groupes religieux minoritaires dans ce domaine. Lorsque le rapport de la Commission de réforme du droit de l'Ontario a été publié en 1970 (voir p. 350), aucune province du Canada n'avait prévu d'exemption religieuse. Aujourd'hui, quatre provinces ont adopté de telles exemptions. Une tendance similaire a prévalu aux États-Unis. Des trente-quatre lois, plus ou moins élaborées, de

pp. 496, 517. While, like the Chief Justice, I favour the making of whatever exemptions are possible to accommodate minority groups, I am of the view that the nature of the choices and compromises that must be made in relation to Sunday closing are essentially legislative in nature. In the absence of unreasonableness or discrimination, courts are simply not in a position to substitute their judgment for that of the Legislature.

I would reply to the constitutional questions as follows:

1. Question: Is the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, within the legislative powers of the Province of Ontario pursuant to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*?

Answer: Yes

2. Question: Does the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, or any part thereof, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(*a*), 7 and/or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, to what extent does it infringe or deny these rights?

Answer: In respect of s. 2(*a*), the freedom of religion of Saturday observing retailers is infringed by s. 2 of the *Retail Business Holidays Act*. No answer should be given in respect of others. No answer should be given in respect of s. 15.

3. Question: If the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, or any part thereof, infringes or denies in any way ss. 2(*a*), 7 and/or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to what extent, if any, can such limits on the rights protected by these sections be justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and thereby rendered not

fermeture le dimanche, qui étaient en vigueur dans des États lorsque l'arrêt *McGowan* a été rendu, vingt et une comportaient une forme quelconque d'exemption sabbatique: précité, aux pp. 496 et 517. Tout en étant, comme le Juge en chef, en faveur de l'adoption de toutes les exemptions possibles pour composer avec les groupes minoritaires, je suis d'avis que les choix et les compromis qui doivent être faits en matière de fermeture le dimanche sont de nature essentiellement législative. En l'absence de dispositions déraisonnables ou discriminatoires, les tribunaux ne sont tout simplement pas en mesure de substituer leur jugement à celui du législateur.

Je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Question: La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453, relève-t-elle des pouvoirs législatifs que possède la province de l'Ontario conformément à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

Réponse: Oui.

2. Question: La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453, porte-t-elle atteinte, en totalité ou en partie, aux droits et libertés garantis par l'un ou l'autre de l'al. 2*a*) et des art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, dans quelle mesure porte-elle atteinte à ces droits?

Réponse: Quant à l'al. 2*a*), l'art. 2 de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* porte atteinte à la liberté de religion des détaillants qui observent le samedi. Aucune réponse ne doit être donnée en ce qui concerne les autres. Aucune réponse ne doit être donnée non plus en ce qui concerne l'art. 15.

3. Question: Si la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453, ou une partie de cette loi, porte atteinte d'une manière quelconque à l'un ou l'autre de l'al. 2*a*) et des art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans quelle mesure ces restrictions aux droits garantis par ces dispositions peuvent-elles être justifiées par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, être

inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: The infringement of the freedom of religion of Saturday observing retailers under the *Retail Business Holidays Act* is justifiable under s. 1.

compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: L'atteinte que porte la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* à la liberté de religion des détaillants qui observent le samedi est justifiable en vertu de l'article premier.

The following are the reasons delivered by

WILSON J. (dissenting in part)—I agree with Dickson C.J. that the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, is *intra vires* the Province of Ontario because its purpose is to establish a common pause day for those employed in retail business. I also agree with the Chief Justice that s. 2 of the statute infringes the freedom of religion of those who close on Saturdays for religious reasons because it attaches an economic penalty to their religious observance. It requires them to be closed two days in the week instead of one.

I part company with the Chief Justice, however, on the application of s. 1 of the *Charter* to the "Saturday exemption" contained in s. 3(4) of the Act. It seems to me that once it is accepted that s. 2 infringes the freedom of religion of those who close on Saturdays for religious reasons, the question becomes whether that infringement can be justified under s. 1 in order that a common pause day be established for retail workers. The Chief Justice finds that it can be justified in the case of large retailers but not in the case of small. He does so, as I understand his reasons, by reference to the number of persons the larger retailer employs, on the basis that a decision made by that retailer to stay open on Sundays would deprive a larger number of employees of their common pause day than would the same decision made by a smaller retailer. The Chief Justice finds that this disparate treatment of the members of the group whose religious freedom has been infringed can be justified on the basis that they are being differentiated

Version française des motifs rendus par

MADAME LE JUGE WILSON (dissidente en partie)—Je conviens avec le juge en chef Dickson que la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453, relève de la compétence de la province de l'Ontario étant donné qu'elle a pour objet d'établir un jour commun de repos pour les salariés du commerce de détail. Je suis également d'accord avec le Juge en chef pour dire que l'art. 2 de la Loi porte atteinte à la liberté de religion de ceux qui ferment leurs commerces le samedi pour des motifs religieux, étant donné qu'il a pour effet d'assortir leur observance religieuse d'une sanction économique. Il les oblige à fermer leurs portes deux jours par semaine au lieu d'un seul.

Toutefois, je ne partage pas l'avis du Juge en chef quant à l'application de l'article premier de la *Charte* à «l'exemption sabbatique» contenue au par. 3(4) de la Loi. Il me semble qu'une fois qu'il est accepté que l'art. 2 porte atteinte à la liberté de religion de ceux qui ferment leurs commerces le samedi pour des motifs religieux, la question devient la suivante: cette atteinte peut-elle être justifiée en vertu de l'article premier de manière à pouvoir établir un jour commun de repos pour les salariés du commerce de détail? Le Juge en chef conclut qu'elle peut être justifiée dans le cas des gros détaillants, mais non dans celui des petits. Il le fait, si je comprends bien ses motifs, en fonction du nombre d'employés des gros détaillants, pour le motif qu'une décision d'un gros détaillant de demeurer ouvert le dimanche priverait un plus grand nombre de salariés de leur jour commun de repos que ne le ferait la même décision prise par un détaillant plus petit. Le Juge en chef conclut que cette disparité dans le traitement des membres du groupe dont la liberté religieuse est enfreinte peut se justifier par le fait que cette distinction

on the ground of size which is not a prohibited ground of discrimination.

With respect, I do not think that a limit on freedom of religion which recognizes the freedom of some members of the group but not of other members of the same group can be reasonable and justified in a free and democratic society. The effect of the disparate treatment, characterized by the Chief Justice as being based on size, is that the religious freedom of some is respected by the legislation and the religious freedom of others is not. It is this effect which, in my view, makes the legislation vulnerable to attack on constitutional grounds.

In his commentary on the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* Professor Tarnopolsky (as he then was) points out that the *Charter* protects group rights as well as individual rights. He distinguishes between individual and group rights on the basis that the assertion of an individual right emphasises the proposition that everyone is to be treated the same regardless of his or her membership in a particular identifiable group whereas the assertion of a group right is based on the claim of an individual or group of individuals because of membership in a particular identifiable group: see "The Equality Rights", in *The Canadian Charter of Rights and Freedoms: Commentary* (1982), at p. 437.

It seems to me that s. 3(4) of the *Retail Business Holidays Act* purports to recognize a group right, namely the right of those who close on Saturdays on religious grounds to stay open on Sundays because otherwise their s. 2(*a*) right would be violated. But it does not recognize the group right of all members of the group, only of some. Accordingly, the violation of the s. 2(*a*) right of the others has legislative sanction. Yet it seems to me that when the *Charter* protects group rights such as freedom of religion, it protects the rights of all members of the group. It does not make fish of some and fowl of the others. For, quite apart from considerations of equality, to do so is to introduce an invidious distinction into the group and sever the religious and cultural tie that binds them together. It is, in my opinion, an

fondée sur la taille des commerces ne constitue pas un motif de discrimination illicite.

Avec égards, je ne pense pas qu'une limitation de la liberté de religion qui reconnaît la liberté de certains membres d'un groupe, mais non celle des autres membres du même groupe, puisse être raisonnable et justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'effet de cette disparité de traitement, qui selon le Juge en chef est fondée sur la taille des commerces, fait en sorte que la liberté de religion de certains est respectée par la Loi, alors que celle des autres ne l'est pas. C'est cet effet qui, à mon avis, rend la Loi vulnérable à une contestation d'ordre constitutionnel.

Dans ses commentaires sur la *Charte canadienne des droits et libertés*, le professeur Tarnopolsky (maintenant juge à la Cour d'appel de l'Ontario) souligne que la *Charte* protège autant les droits collectifs que les droits individuels. Il fait la distinction entre les droits collectifs et les droits individuels en disant que l'affirmation d'un droit individuel confirme la thèse selon laquelle chacun doit être traité de la même façon, peu importe qu'il ou elle appartienne ou non à un groupe identifiable particulier, alors que l'affirmation d'un droit collectif est fondée sur la revendication d'un individu ou d'un groupe d'individus à cause de leur appartenance à un groupe identifiable particulier: voir «Les droits à l'égalité», *Charte canadienne des droits et libertés* (1982), à la p. 551.

Il me semble que le par. 3(4) de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* a pour objet de reconnaître un droit collectif, soit le droit de ceux qui ferment leurs commerces le samedi pour des motifs religieux de demeurer ouverts le dimanche, sans quoi il y aurait violation du droit que leur garantit l'al. 2*a*). Cependant, il reconnaît non pas le droit collectif de tous les membres du groupe, mais uniquement celui de certains. Par conséquent, la violation du droit que garantit aux autres l'al. 2*a*) est sanctionnée par la Loi. Et pourtant, il me semble que dans les cas où la *Charte* protège des droits collectifs, elle protège les droits de tous les membres d'un groupe. Elle ne fait pas de distinction entre les figues et les raisins. En effet, toute considération d'égalité mise à part, le faire reviendrait à établir une distinction injuste

interpretation of the *Charter* expressly precluded by s. 27 which requires the *Charter* to be interpreted "in a manner consistent with the preservation and enhancement of the multicultural heritage of Canadians". Can it then be a reasonable limit under s. 1? In my opinion, it can not.

To approach the matter from a different vantage point, I think that what the legislature has attempted to do in the *Retail Business Holidays Act* is effect a compromise between the government's objective of a common pause day and the freedom of religion of those who close on Saturdays for religious reasons. The problem is that the compromise it has effected is, in Professor Dworkin's terms, an "internal compromise": see Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), c. 6 "Integrity", pp. 178 et seq. Dworkin believes that a legal system must be animated by "integrity". Accordingly, when a government legislates on an issue on which people hold widely divergent views, it must do so on the basis of principle. Dworkin states at p. 179:

> If there must be compromise because people are divided about justice, then the compromise must be external, not internal; it must be compromise about which scheme of justice to adopt rather than a compromised scheme of justice.

Applying that to the present case, the legislature must decide whether to subordinate freedom of religion to the objective of a common pause day, one scheme of justice, or subordinate the common pause day to freedom of religion, the competing scheme of justice, and, having decided which scheme of justice to adopt, it must then apply it in all cases. It cannot decide to subordinate the freedom of religion of some members of the group to the objective of a common pause day and subordinate the common pause day to the freedom of religion of other members of the same group. Yet this is the effect of the distinction between the large and small retailer adopted by the legislature in this legislation. It is, in my view, "a compro-

au sein du groupe et à rompre les liens religieux et culturels qui en assurent la cohésion. C'est là, à mon avis, une interprétation de la *Charte* expressément interdite par l'art. 27 qui dispose que toute interprétation de celle-ci doit «concorder avec l'objectif de promouvoir le maintien et la valorisation du patrimoine multiculturel des Canadiens». Peut-il s'agir alors d'une limite raisonnable au sens de l'article premier? J'estime que non.

Pour aborder la question d'un point de vue différent, je pense que ce que le législateur a tenté de faire dans la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, c'est d'arriver à un compromis entre l'objectif gouvernemental d'un jour commun de repos et la liberté de religion de ceux qui ferment le samedi pour des motifs religieux. Le problème est que le compromis auquel il est arrivé constitue, pour reprendre les termes du professeur Dworkin, un [TRADUCTION] «compromis interne»: voir Ronald Dworkin, *Law's Empire* (1986), chap. 6 «Integrity», pp. 178 et suiv. Dworkin croit qu'un système juridique doit être caractérisé par [TRADUCTION] «l'intégrité». Par conséquent, lorsqu'un gouvernement légifère sur une question au sujet de laquelle les gens partagent des opinions fort divergentes, il doit le faire en se fondant sur un principe. Dworkin affirme, à la p. 179:

> [TRADUCTION] S'il faut faire un compromis parce que les gens partagent des opinions divergentes sur ce qui est juste, alors ce compromis doit être externe, non pas interne; ce doit être un compromis quant à la forme de justice à adopter plutôt qu'une forme de compromis en matière de justice.

Si on applique cela à la présente affaire, le législateur doit décider soit de subordonner la liberté de religion à l'objectif d'un jour commun de repos, une forme de justice, soit de subordonner le jour commun de repos à la liberté de religion, la forme de justice opposée, et, après avoir choisi la forme de justice à adopter, l'appliquer dans tous les cas. Il ne peut pas décider de subordonner la liberté de religion de certains membres du groupe à l'objectif d'un jour commun de repos et subordonner le jour commun de repos à la liberté de religion des autres membres du même groupe. Pourtant, il s'agit là de l'effet de la distinction entre gros et petits détaillants adoptée par le législateur dans cette loi. C'est là, à mon avis, «une forme de compromis en

mised scheme of justice". It does not affirm a principle which is applicable to all. It reflects rather a failure on the part of the legislature to make up its mind which scheme of justice to adopt. The result is, in my opinion, what Professor Dworkin refers to as "checkerboard" legislation.

matière de justice». Elle n'affirme pas un principe applicable à tous. Elle reflète plutôt l'indécision du législateur quant à savoir quelle forme de justice adopter. Il en résulte, à mon sens, ce que le professeur Dworkin appelle une loi «disparate».

It follows from what I have said that, in my view, s. 3(4) cannot constitute a reasonable limit under s. 1 of the *Charter* or be justified in a free and democratic society. However, if I am wrong in this and disparate treatment of this kind can be justified under s. 1, it would, in my view, require much more compelling evidence than was adduced by the Crown in order to establish that the government objective of a common pause day required it. The Crown adduced no evidence to establish that permitting all retailers who close on Saturdays on religious grounds to stay open on Sundays would cause a substantial disruption of the common pause day. Nor was it established that retailers who were not motivated to close on Saturdays by religious considerations would elect under s. 3(4)(*a*) to close on Saturdays for the sole purpose of being open on Sundays. Economic considerations may well make such a choice unlikely. We simply do not know. I agree, therefore, with Tarnopolsky J. that the Crown failed totally to discharge its burden under s. 1 of the *Charter*.

Il résulte de ce que j'ai dit que, à mon avis, le par. 3(4) ne saurait constituer une limite raisonnable au sens de l'article premier de la *Charte*, ni être justifié dans le cadre d'une société libre et démocratique. Toutefois, à supposer que je fasse erreur sur ce point et qu'une disparité de traitement de ce genre puisse être justifiée en vertu de l'article premier, il faudrait, à mon avis, des éléments de preuve beaucoup plus concluants que ceux offerts par le ministère public pour établir que l'objectif gouvernemental d'un jour commun de repos l'exige. Le ministère public n'a produit aucun élément de preuve établissant qu'autoriser tous les détaillants qui ferment le samedi pour des motifs religieux à demeurer ouverts le dimanche aurait pour effet de perturber sensiblement le jour commun de repos. Il n'a pas non plus été établi que les détaillants qui ne sont pas amenés à fermer le samedi pour des considérations religieuses choisiraient, en vertu de l'al. 3(4)*a*), de fermer le samedi aux seules fins d'ouvrir le dimanche. Des considérations d'ordre économique pourraient fort bien rendre ce choix invraisemblable. Nous ne le savons tout simplement pas. Je suis donc d'accord avec le juge Tarnopolsky pour dire que le ministère public ne s'est absolument pas acquitté de l'obligation qui lui incombe en vertu de l'article premier de la *Charte*.

The fault with s. 3(4) is, I believe, that it does not go far enough. It does not protect the freedom of religion of all those who close on Saturdays for religious reasons. Section 3(4)(*a*) standing by itself is, in my view, a perfectly valid exemption from the operation of s. 2 of the Act because it recognizes and accommodates the s. 2(*a*) right protected by the *Charter* but paras. (*b*) and (*c*) of subs. (4) impose a limit on that exemption (and therefore on the freedom of religion of those who close on Saturdays on religious grounds) which is neither reasonable nor justified in a free and democratic society. These paragraphs are accord-

Le problème avec le par. 3(4) est, selon moi, qu'il ne va pas assez loin. Il ne protège pas la liberté de religion de tous ceux qui ferment le samedi pour des motifs religieux. L'alinéa 3(4)*a*) pris isolément constitue, à mon sens, une exemption parfaitement valide de l'application de l'art. 2 de la Loi, car il reconnaît, en composant avec lui, le droit que garantit la *Charte* à son al. 2*a*); mais les al. *b*) et *c*) du par. (4) fixent une limite à cette exemption (et donc à la liberté de religion de ceux qui ferment le samedi pour des motifs religieux) qui n'est ni raisonnable ni justifiée dans le cadre d'une société libre et démocratique. L'article pre-

ingly not saved by s. 1. However, they seem to me to be clearly severable from s. (4)(*a*). I would accordingly hold them to be of no force and effect under s. 52(1) of the *Constitution Act, 1982.*

If authority is needed for the application of the doctrine of severance to these paragraphs I would rely on the classic test set out in *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada (Reference re Alberta Bill of Rights)*, [1947] A.C. 503, at p. 518, as follows:

> The real question is whether what remains is so inextricably bound up with the part declared invalid that what remains cannot independently survive or, as it has sometimes been put, whether on a fair review of the whole matter it can be assumed that the legislature would have enacted what survives without enacting the part that is ultra vires at all.

In my view, s. 3(4)(*a*) meets that test and can survive on its own without paras. (*b*) and (*c*). It protects freedom of religion which was clearly the legislature's dominant intention in enacting s. 3(4) but it protects it for all those who close on a Saturday for religious reasons and not just for some.

I would rely also on the wording of s. 52(1) itself which renders a law which is inconsistent with the provisions of the Constitution of no force and effect "to the extent of the inconsistency". This language seems to me to expressly authorize severance in a case such as the present. I take no issue with the course followed by Tarnopolsky J. in granting a s. 24(1) remedy to the appellant Nortown Foods Limited on the basis that s. 2 of the Act is of no force and effect *vis-à-vis* it. It appears to me, however, that where the impugned legislation is capable of severance, severance is the preferable route to follow. It avoids isolating the remedy to the particular litigant and provides relief to all those adversely affected by the unconstitutional provision. In a word, it preserves rather than fractures the integrity of the group.

I have one or two comments to add. The first is that when the court is called upon to balance under s. 1 of the *Charter* a fundamental value such as freedom of religion against the admittedly

mier ne permet donc pas de sauver ces alinéas. Toutefois, il me semble qu'on peut parfaitement les dissocier de l'al. (4)*a*). Par conséquent, je suis d'avis de les considérer comme inopérants en vertu du par. 52(1) de la *Loi constitutionnelle de 1982.*

Si l'on devait citer une source à l'appui de l'application du principe de la dissociation à ces alinéas, j'invoquerais le critère classique formulé ainsi dans *Attorney-General for Alberta v. Attorney-General for Canada (Reference re Alberta Bill of Rights)*, [1947] A.C. 503, à la p. 518:

> [TRADUCTION] La véritable question qui se pose est de savoir si le reste n'est pas si inextricablement lié à la partie déclarée invalide qu'il ne saurait subsister indépendamment ou, comme on l'a dit parfois, si, après un examen impartial de toute la question, on peut présumer que le législateur aurait jamais adopté ce qui subsiste sans adopter la partie qui est ultra vires.

À mon avis, l'al. 3(4)*a*) satisfait à ce critère et peut subsister par lui-même sans les al. *b*) et *c*). Il garantit la liberté de religion, ce qui était manifestement l'intention dominante du législateur quand il a adopté le par. 3(4), mais il la garantit pour tous ceux qui ferment le samedi pour des motifs religieux et non pas seulement pour quelques-uns.

Je me fonde aussi sur le texte du par. 52(1) lui-même, selon lequel une règle de droit incompatible avec les dispositions de la Constitution est inopérante. Ce texte, me semble-t-il, autorise expressément la dissociation dans un cas comme celui dont nous sommes saisis. Je ne conteste pas la démarche suivie par le juge Tarnopolsky en accordant à l'appelante Nortown Foods Limited une réparation en vertu du par. 24(1) pour le motif que l'art. 2 de la Loi est inopérant dans son cas. Il me semble néanmoins que, lorsque la loi contestée peut faire l'objet d'une dissociation, la dissociation est la voie qu'il est préférable d'emprunter. On évite ainsi de réserver le redressement au justiciable en question, pour en faire profiter tous ceux auxquels la disposition inconstitutionnelle porte préjudice. En un mot, on préserve l'intégrité du groupe plutôt que d'y porter atteinte.

J'ai un ou deux commentaires à ajouter. Le premier porte que lorsque le tribunal est appelé à évaluer, en vertu de l'article premier de la *Charte*, une valeur fondamentale comme la liberté de reli-

desirable legislative objective of a common pause day, it has to keep in mind that the legislature, inasmuch as it has provided the common pause day for only a small proportion of the populace, namely certain classes of retail workers, and has not seen fit to provide a common pause day for the great masses of people involved in industry, has put its own value on the common pause day. It has not made it generally available to workers in the Province. I express no view as to whether this is a good thing or a bad thing—that is not the Court's business—I simply say that it is some evidence of the importance attached to the concept of a common pause day by the legislators themselves.

gion et l'objectif législatif certes souhaitable d'un jour commun de repos, il doit se rappeler que, dans la mesure où il n'a prescrit un jour commun de repos que pour une petite partie de la population, soit certaines catégories de salariés du commerce de détail, et où il n'a pas jugé opportun de le prescrire pour la grande majorité des salariés de ce secteur, le législateur a lui-même appliqué son propre jugement de valeur au jour commun de repos. Il ne l'a pas accordé de manière générale à tous les travailleurs de la province. Je ne me prononce pas sur la question de savoir si cela est bien ou mauvais—cela n'intéresse pas la Cour—je dis simplement qu'il s'agit là d'une preuve de l'importance que le législateur lui-même attache au concept d'un jour commun de repos.

The second comment I would make addresses the concern expressed by the Chief Justice that the effect of extending the exemption to all Saturday observers would be that some Sunday observers might be compelled to work on Sundays if they are employed by employers who close on Saturdays for religious reasons. This Court held in *Ontario Human Rights Commission and O'Malley v. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 S.C.R. 536, that under the *Ontario Human Rights Code* employers were under a duty to accommodate employees who found themselves in this position. If an employee objects on religious grounds to working on a particular day, the employer must take reasonable steps, short of undue hardship, to make alternate arrangements for that employee. The Sunday-observing employee is therefore not without a remedy although the remedy is not provided in this legislation but in the *Ontario Human Rights Code*.

Le second commentaire que je tiens à ajouter concerne la crainte exprimée par le Juge en chef que l'extension de l'exemption à tous ceux qui observent le samedi n'ait pour effet d'obliger éventuellement certaines personnes qui observent le dimanche à travailler ce jour-là s'ils sont au service d'employeurs qui ferment le samedi pour des motifs religieux. Dans l'arrêt *Commission ontarienne des droits de la personne et O'Malley c. Simpsons-Sears Ltd.*, [1985] 2 R.C.S. 536, cette Cour a conclu qu'en vertu du *Code ontarien des droits de la personne* l'employeur est tenu de composer avec les employés qui se retrouvent dans cette situation. Si un employé refuse, pour des motifs religieux, de travailler un jour donné, l'employeur doit prendre des mesures raisonnables, sauf si cela lui cause une contrainte excessive, pour lui trouver un remplaçant ce jour-là. L'employé qui observe le dimanche n'est donc pas dépourvu de recours même si ce recours est prévu non pas par la présente loi, mais par le *Code ontarien des droits de la personne*.

One final observation. As cases such as *O'Malley* illustrate so well, respect for human rights cannot be achieved in a pluralist society without a spirit of co-operation and goodwill on the part of all the citizens but especially on the part of the majority. As the Chief Justice stated in *R. v. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 S.C.R. 295, at p. 336:

Une dernière observation. Comme l'illustrent si bien des arrêts comme l'arrêt *O'Malley*, dans une société pluraliste, il ne peut y avoir respect des droits de la personne que si tous les citoyens, et plus particulièrement ceux qui composent la majorité, démontrent un esprit de coopération et de la bonne volonté. Comme le Juge en chef l'affirme dans l'arrêt *R. c. Big M Drug Mart Ltd.*, [1985] 1 R.C.S. 295, à la p. 336:

A truly free society is one which can accommodate a wide variety of beliefs, diversity of tastes and pursuits, customs and codes of conduct. A free society is one which aims at equality with respect to the enjoyment of fundamental freedoms and I say this without any reliance upon s. 15 of the *Charter*. Freedom must surely be founded in respect for the inherent dignity and the inviolable rights of the human person.

Disposition

Since none of Edwards Books and Art Limited, Longo Brothers Fruit Markets Limited or Paul Magder were closed on the Saturday preceding the laying of the charges against them, their appeals must be dismissed. They do not qualify for an exemption under s. 3(4)(*a*) of the Act. Nortown Foods Limited does, however, qualify for the exemption under s. 3(4)(*a*) and the appeal of the Crown must therefore be dismissed with costs. I would not award costs against the three unsuccessful appellants.

I would answer the constitutional questions as follows:

1. Question: Is the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, within the legislative powers of the Province of Ontario pursuant to s. 92 of the *Constitution Act, 1867*?

   Answer: Yes.

2. Question: Does the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, or any part thereof, infringe or deny the rights and freedoms guaranteed by ss. 2(*a*), 7, and/or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and, if so, to what extent does it infringe or deny these rights?

   Answer: Section 2 of the *Retail Business Holidays Act* infringes the freedom of religion protected by s. 2(*a*) of the *Charter* of those retailers who close their stores on Saturdays for religious reasons and who cannot qualify for exemption under s. 3(4) of the Act.

3. Question: If the *Retail Business Holidays Act*, R.S.O. 1980, c. 453, or any part thereof, infringes or denies in any way ss. 2(*a*), 7

Une société vraiment libre peut accepter une grande diversité de croyances, de goûts, de visées, de coutumes et de normes de conduite. Une société libre vise à assurer à tous l'égalité quant à la jouissance des libertés fondamentales et j'affirme cela sans m'appuyer sur l'art. 15 de la *Charte*. La liberté doit sûrement reposer sur le respect de la dignité et des droits inviolables de l'être humain.

Dispositif

Vu que ni Edwards Books and Art Limited, ni Longo Brothers Fruit Markets Limited, ni Paul Magder n'ont fermé leurs portes le samedi précédant leurs inculpations, leurs pourvois doivent être rejetés. Ils ne peuvent pas se prévaloir de l'exemption prévue à l'al. 3(4)*a*) de la Loi. Nortown Foods Limited peut cependant se prévaloir de l'exemption de l'al. 3(4)*a*) et, par conséquent, le pourvoi du ministère public doit être rejeté avec dépens. Je suis d'avis de ne pas accorder de dépens contre les trois appelants déboutés.

Je suis d'avis de répondre ainsi aux questions constitutionnelles:

1. Question: La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453, relève-t-elle des pouvoirs législatifs que possède la province de l'Ontario conformément à l'art. 92 de la *Loi constitutionnelle de 1867*?

   Réponse: Oui.

2. Question: La *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453, porte-t-elle atteinte, en totalité ou en partie, aux droits et libertés garantis par l'un ou l'autre de l'al. 2*a*) et des art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, dans l'affirmative, dans quelle mesure porte-t-elle atteinte à ces droits?

   Réponse: L'article 2 de la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* porte atteinte à la liberté de religion, garantie par l'al. 2*a*) de la *Charte*, des détaillants qui ferment leurs commerces le samedi pour des motifs religieux et qui ne peuvent se prévaloir de l'exemption prévue au par. 3(4) de la Loi.

3. Question: Si la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail*, L.R.O. 1980, chap. 453, ou une partie de cette loi, porte

and/or 15 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms*, to what extent, if any, can such limits on the rights protected by these sections be justified by s. 1 of the *Canadian Charter of Rights and Freedoms* and thereby rendered not inconsistent with the *Constitution Act, 1982*?

Answer: The limits on freedom of religion imposed in paras. (*b*) and (*c*) of s. 3(4) of the Act cannot be justified under s. 1 of the *Charter* and such paragraphs must therefore be declared of no force and effect under s. 52(1).

I express no view on whether or not the *Retail Business Holidays Act* violates the freedom of religion of Hindus or Moslems. I agree with the Chief Justice that no evidentiary foundation was laid to support a constitutional challenge by members of those religious persuasions.

Appeal (Edwards Books and Art Limited v. The Queen) dismissed.

Appeal (The Queen v. Nortown Foods Limited) allowed, WILSON J. *dissenting.*

Appeal (Longo Brothers Fruit Markets Limited, Thomas Longo, Joseph Longo, carrying on business as Longo Brothers Fruit Market v. The Queen) dismissed.

Appeal (Magder v. The Queen) dismissed.

Solicitors for the appellant Edwards Books and Art Limited: Blake, Cassels and Graydon, Toronto.

Solicitors for the appellants Longo Brothers Fruit Markets Limited, Thomas Longo, Joseph Longo, carrying on business as Longo Brothers Fruit Market: Goodman and Goodman, Toronto.

Solicitors for the appellant Paul Magder: Lobl, Recht, Freedman & Danson, Toronto.

atteinte d'une manière quelconque à l'un ou l'autre de l'al. 2*a*) et des art. 7 et 15 de la *Charte canadienne des droits et libertés*, dans quelle mesure ces restrictions aux droits garantis par ces dispositions peuvent-elles être justifiées par l'article premier de la *Charte canadienne des droits et libertés* et, par conséquent, être compatibles avec la *Loi constitutionnelle de 1982*?

Réponse: Les restrictions apportées à la liberté de religion par les al. *b*) et *c*) du par. 3(4) de la Loi ne sauraient être justifiées en vertu de l'article premier de la *Charte*, aussi ces alinéas doivent-ils être déclarés inopérants en vertu du par. 52(1).

Je n'exprime aucune opinion sur la question de savoir si la *Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail* viole la liberté de religion des hindous et des musulmans. Je suis d'accord avec le Juge en chef pour dire qu'aucun fondement probatoire n'a été soumis à l'appui d'une contestation constitutionnelle par les membres de ces confessions religieuses.

Pourvoi (Edwards Books and Art Limited c. La Reine) rejeté.

Pourvoi (La Reine c. Nortown Foods Limited) accueilli, le juge WILSON *dissidente.*

Pourvoi (Longo Brothers Fruit Markets Limited, Thomas Longo, Joseph Longo, faisant affaire sous la raison sociale de Longo Brothers Fruit Market c. La Reine) rejeté.

Pourvoi (Magder c. La Reine) rejeté.

Procureurs de l'appelante Edwards Books and Art Limited: Blake, Cassels and Graydon, Toronto.

Procureurs des appelants Longo Brothers Fruit Markets Limited, Thomas Longo, Joseph Longo, faisant affaire sous la raison sociale de Longo Brothers Fruit Market: Goodman and Goodman, Toronto.

Procureurs de l'appelant Paul Magder: Lobl, Recht, Freedman & Danson, Toronto.

Solicitor for the appellant-respondent Her Majesty The Queen: Ministry of the Attorney General, Toronto.

Solicitors for the respondent Nortown Foods Limited: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Quebec: Attorney General of Quebec, Ste-Foy.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Nova Scotia: Attorney General of Nova Scotia, Halifax.

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

Solicitor for the intervener the Attorney General of Manitoba: Attorney General of Manitoba, Winnipeg.

Solicitor for the intervener the Attorney General of British Columbia: Attorney General of British Columbia, Victoria.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Saskatchewan: Attorney General for Saskatchewan, Regina.

Solicitor for the intervener the Attorney General for Alberta: Attorney General for Alberta, Edmonton.

Solicitor for the intervener the Attorney General of Newfoundland: Attorney General of Newfoundland, St. John's.

Solicitor for the intervener the Ontario Conference Corporation of the Seventh-day Adventist Church: David Thomas, Oshawa.

Procureur de l'appelante-intimée Sa Majesté La Reine: Ministère du procureur général, Toronto.

Procureurs de l'intimée Nortown Foods Limited: McCarthy & McCarthy, Toronto.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Canada: Frank Iacobucci, Ottawa.

Procureur de l'intervenant le procureur général du Québec: Procureur général du Québec, Ste-Foy.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Nouvelle-Écosse: Procureur général de la Nouvelle-Écosse, Halifax.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général du Manitoba: Procureur général du Manitoba, Winnipeg.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Colombie-Britannique: Procureur général de la Colombie-Britannique, Victoria.

Procureur de l'intervenant le procureur général de la Saskatchewan: Procureur général de la Saskatchewan, Regina.

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

Procureur de l'intervenant le procureur général de Terre-Neuve: Procureur général de Terre-Neuve, St. John's.

Procureur de l'intervenante Ontario Conference Corporation of the Seventh-day Adventist Church: David Thomas, Oshawa.

INDEX

ACTIONS

Standing – Non-constitutional challenge by private individual to the statutory authority for federal public expenditure – Person in need within the meaning of the Canada Assistance Plan seeking a declaration that cost-sharing payments by Canada to Manitoba pursuant to the Plan are illegal and an injunction to stop the payments because of provincial non-compliance with the conditions and undertakings imposed by the Plan – Plaintiff claiming to be prejudiced by the provincial non-compliance – Whether plaintiff has standing to seek the declaratory and injunctive relief – Whether statement of claim discloses reasonable cause of action.

FINLAY v. CANADA (MINISTER OF FINANCE), 607.

BARRISTERS AND SOLICITORS

Professional liability – Solicitors retained to perform legal services in connection with mortgage transaction – Mortgage later found void for non-compliance with Companies Act – Whether solicitors liable in tort or whether liability restricted to contract – If liable in tort, whether or not action statute-barred – Whether or not solicitors negligent – Whether or not contributory negligence – Whether action not maintainable because based on illegal transaction – Companies Act, R.S.N.S. 1967, c. 42, s. 96(5) – The Statute of Limitations, R.S.N.S. 1967, c. 168, s. 2(1)(c).

CENTRAL TRUST CO. v. RAFUSE, 147.

CIVIL RIGHTS

Equality before the law – Federal legislation requiring superior court judges to contribute to pension plan – Legislative distinction on the basis of the appointment date of judges – Higher contributions required from judges appointed after the date of first reading of the bill – Whether federal legislation violated s. 1(b) of the Canadian Bill of Rights – Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1 as amended, s. 29.1.

BEAUREGARD v. CANADA, 56.

CONSTITUTIONAL LAW

1. Judicial independence – Financial security of federally appointed judges – Pensions – Federal legislation requiring superior court judges to contribute to pension – Whether federal legislation plan violated s. 100 of the Constitution Act, 1867 – Judges Act, R.S.C. 1970, c. J-1 as amended, s. 291.1

BEAUREGARD v. CANADA, 56.

2. Division of powers – Judicial powers – Allegations of arbitrary arrest and detention contrary to provincial human rights code – Provincial offence overlapping tort of false imprisonment – Adjudication of tort reserved to s. 96 courts – Whether or not provincial human rights commission had jurisdiction to investigate and adjudicate on complaints – Constitution Act, 1867, s. 96 – The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, c. S-24.1, ss. 7, 29(1), (2), 31(7), (8), 35.

SCOWBY v. GLENDINNING, 226.

3. Division of powers – Criminal law and procedure in criminal matters – Allegations of arbitrary arrest contrary to provincial human rights code – Whether arbitrary arrest a matter of criminal law or criminal procedure.

SCOWBY v. GLENDINNING, 226.

4. Charter of Rights – Self-incrimination – Cross-examination of an accused at a new trial on his testimony given at a previous trial on the same charge – Whether such cross-examination infringed s. 13 of the Charter – If so, whether cross-examination justifiable under s. 1 of the Charter.

R. v. MANNION, 272.

5. Charter of Rights – Freedom of religion – Schools – Right of parents to educate their children – Children not sent to public schools on religious grounds – Home instruction – Whether provincial compulsory education legislation contravenes appellant's freedom of religion – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a) – School Act, R.S.A. 1980, c. S-3, ss. 142(1), 143(1).

R. v. JONES, 284.

6. Charter of Rights – Liberty of the person – Schools – Right of parents to educate their children – Proof of efficient instruction at home limited to a certificate from the school authorities – Whether appellant has been deprived of the liberty to educate its children contrary to the principles of fundamental justice – Canadian Charter of Rights and Freedoms, s. 7 – School Act, R.S.A. 1980, c. S-3, ss. 142(1), 143(1), 180(1).

R. v. JONES, 284.

7. Charter of Rights – Freedom of expression – Interlocutory injunction against secondary picketing – Application based on common law rule against inducing breach of contract – Whether injunction offending Charter right to freedom of expression – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(b), 32(1) – Constitution Act, 1982, s. 52(1).

RWDSU v. DOLPHIN DELIVERY LTD., 573.

8. Charter of Rights – Freedom of religion – Right to liberty – Retail businesses required to close on Sundays – Act premised on secular concern for common pause day – Exemptions provided for in Act, including limited exemption for Saturday observers – Whether or not Act within province's legislative powers – Whether or not Act infringed Charter rights to freedom of religion (s. 2(a)), or the right to liberty (s. 7), or the

CONSTITUTIONAL LAW—Concluded

right to equality before the law (s. 15) – Whether or not limitation imposed by the Act on these rights justifiable in a free and democratic society – Retail Business Holidays Act, R.S.O. 1980, c. 453, ss. 2(1), 3(4) – Constitution Act, 1867, ss. 91, 92 – Constitution Act, 1982, s. 52 – Canadian Charter of Rights and Freedoms, ss. 1, 2(a), 7, 15, 27, 32.

R. v. EDWARDS BOOKS AND ART LTD., 713.

CONTRACTS

1. Purchase and sale – Premises damaged by fire – Purchaser either to cancel the agreement or to complete the sale and take insurance proceeds – Questions raised as to amount of insurance and as to whether insurance would be paid – Statutory declaration registered by purchaser, prior to closing date, requiring restoration or insurance sufficient for restoration – Vendor treating agreement as void – Tender made after closing date on clarification of insurance issue – Whether or not specific performance should be granted.

WILE v. COOK, 137.

2. Solicitors – Solicitors retained to perform legal services in connection with mortgage transaction – Mortgage later found void for non-compliance with Companies Act – Whether solicitors' liability founded solely in contract and hence statute-barred – Whether solicitors concurrently liable in tort, and if so, whether or not action statute-barred.

CENTRAL TRUST CO. v. RAFUSE, 147.

CORPORATIONS

Take-over bids – Directors' circular of offeree corporation failing to meet statutory disclosure requirements – Director appointed by Minister under s. 253 of the Canada Business Corporations Act entitled to bring action for compensation on behalf of the aggrieved shareholders – Director's action may be brought against both the offeree corporation and its directors.

SPARLING v. ROYAL TRUSTCO LTD., 537.

COURTS

1. Jurisdiction – Federal Court of Canada – Appellants seeking a declaration that a piece of land where they lived in Newfoundland is an Indian reserve – Portion of appellants' statement of claim struck out – Federal Court having no jurisdiction to make such a declaration.

JOE v. CANADA, 145.

2. Jurisdiction – *Parens patriae* – Scope of doctrine and discretion required for its exercise – Whether or not encompassing consent for non-therapeutic sterilization of mentally

COURTS—Concluded

incompetent person – Chancery Act, R.S.P.E.I. 1951, c. 21, s. 3 – Chancery Jurisdiction Transfer Act, S.P.E.I. 1974, c. 65, s. 2.

E. (MRS.) v. EVE, 388.

3. Jurisdiction – No jurisdictional error shown.

CANADIAN NATIONAL TRANSPORTATION LTD. v. ALBERTA PROVINCIAL COURT, 711.

CRIMINAL LAW

1. Procuring – Attempt to procure person to have illicit sexual intercourse with another person – Advertisement for secretary/sales assistant – Interview indicating job requiring sexual intercourse with clients if necessary to close sales – Holding out of large financial rewards – No offer of employment made – Whether appellant's act or statements constitute attempt to procure rather than mere preparation – Whether sexual intercourse contemplated by appellant illicit sexual intercourse within s. 195(1)(a) of the Criminal Code – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 195(1)(a).

R. v. DEUTSCH, 2.

2. Indictment – Amendment – Proprietorships described as the victims of a fraud in the indictment – Proprietorships not "persons" capable of being defrauded – Motion to amend indictment denied by trial judge because of irreparable prejudice to accused – Decision properly affirmed on appeal – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, s. 529.

R. v. CAMPBELL, 376.

3. Fraud – Proprietorships described as the victims of a fraud – Proprietorships not "persons" capable of being defrauded – Reference to the proprietorships in the indictment indicating that the Crown was particularizing the person registered under the proprietorships as the victim – No evidence of fraud against that person – Directed verdict of acquittal correct – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 2, 338, 529.

R. v. CAMPBELL, 376.

4. Kienapple principle – Accused's stabbing of a pregnant woman causing child's premature birth and his death – Accused convicted of causing bodily harm to the mother – Whether rule against multiple convictions precludes a trial on a charge of manslaughter of the child.

R. v. PRINCE, 480.

5. Procedure – Prerogative writs – Pre-trial motion for a stay based on the principle in Kienapple dismissed – Prohibition and *certiorari* sought by the accused – Whether superior courts should decline to grant prerogative remedy on an interlocutory application in respect of the rule against multiple convictions.

R. v. PRINCE, 480.

6. Jury verdict – Validity – Charge of attempted murder with lesser included offences – Jury foreman replying "not guilty" to clerk's question – Accused discharged and jury dismissed – Foreman indicating possible different verdict on lesser included offences – Trial judge finding himself *functus* –

CRIMINAL LAW—Concluded

Whether or not jury can be reconvened to reconsider its verdict – Whether or not jury can be reconvened to complete or correct transmission and recording of verdict reached prior to its dismissal.

R. v. HEAD, 684.

7. Direction regarding burden of proof – Second degree murder – Whether trial judge misdirected himself.

R. v. NEHRING, 709.

8. Evidence – Second degree murder – Whether trial judge failed to assess evidence which could have affected his verdict – Whether trial judge failed to alert himself concerning danger of accepting evidence of accomplice.

R. v. NEHRING, 709.

CROWN

Proceedings against the Crown – Petition of right – Fiat – Appellant seeking redress from Crown for benefits obtained pursuant to an invalid statute – Fiat refused by Lieutenant Governor on advice of provincial Attorney General – Whether *mandamus* may be issued to direct Attorney General to advise Lieutenant Governor to grant fiat – Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, c. 86.

AIR CANADA v. BRITISH COLUMBIA (ATTORNEY GENERAL), 539.

EVIDENCE

1. Admissibility – Intercepted private communications – Authorizations to wiretap in drug investigation relating to conspiracy to import cocaine – Authorizing judge not informed of on-going income tax investigation and agreement to pass on information to tax investigators – Evidence excluded at trial and appellant acquitted – Whether or not material non-disclosure invalidating authorization – Criminal Code, R.S.C. 1970, c. C-34, ss. 178.1, 178.13(1.1), (1.2), (2)(d).

R. v. CHAMBERS, 29.

2. Similar fact evidence – Probative value of evidence – Rape – Evidence of earlier rape presented to jury to establish accused intended to have sexual relations with victim despite absence of consent and to counter defence of honest belief in consent – Evidence inadmissible.

R. v. CLERMONT, 131.

3. Rebuttal – Principal issue of guilt or innocence – Defence introducing evidence undermining police integrity – Crown permitted rebuttal – No prior inconsistent statements – Whether or not rebuttal to impeach credit of witness permitted by s. 11 of Canada Evidence Act – Whether or not other grounds for admitting rebuttal evidence – Canada Evidence Act, R.S.C. 1970, c. E-10, s. 11.

R. v. KRAUSE, 466.

EVIDENCE—Concluded

4. Crown privilege – Production of cabinet and cabinet committee documents necessary to legal case – Low level policy matter several years old and of little public interest – Crown privilege claimed because of class of documents – Whether court should inspect documents to decide whether Crown's claim valid – Whether Crown's claim to immunity should be upheld.

CAREY v. ONTARIO, 637.

FAMILY LAW

Mentally incompetent person – Application made for non-therapeutic sterilization of adult daughter by parent – Whether or not court authorized to grant consent – Whether or not authority to be found in statutes – Whether or not authority flowing from *parens patriae* power – Mental Health Act, R.S.P.E.I. 1974, c. M-9, am. S.P.E.I. 1976, c. 65, ss. 2(n), 30A(1), (2), 30B, 30L – Hospitals Act, "Hospital Management Regulations", R.R.P.E.I., c. H-11, s. 48.

E. (MRS.) v. EVE, 388.

GUARANTEE

Discharge of surety – Umbrella loan agreement for financing of company business – Subsequent agreement to extend credit for specific projects – Agreement breached by creditor – Whether guarantors entitled to total or partial discharge.

BANK OF MONTREAL v. WILDER, 551.

HUMAN RIGHTS

Disabled persons – Mentally incompetent person – Application made for non-therapeutic sterilization of adult daughter by parent – Whether or not court authorized to grant consent – Whether or not authority to be found in statutes – Whether or not authority flowing from *parens patriae* power.

E. (MRS.) v. EVE, 388.

INCOME TAX

1. Calculation of "foreign investment income" for purposes of "dividend refund" – Foreign currency required by Philippine law for establishment of plant there – Elaborate plan to avoid peso devaluation and possibility of currency controls – Plan involving U.S. dollar deposits in the Philippines - Interest from these deposits included in calculation of "foreign investment income" – Whether interest foreign investment income or income from property used in course of carrying on business – Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 89(1), 125, 125.1, 129(1), (4).

ENSITE LTD. v. R., 509.

INCOME TAX—Concluded

2. Canadian manufacturing and processing profits – Interest from actively managed securities portfolio – Portfolio created from forced sale of business and held pending purchase of new business opportunity – Whether or not income from active business or from property – Income Tax Act, S.C. 1970-71-72, c. 63, ss. 125.1, 248(1), as amended – Income Tax Regulations, SOR/73-495, s. 5200.

CANADIAN MARCONI v. R., 522.

LABOUR LAW

Construction industry – Scope of Construction Industry Labour Relations Act – Clear legislative wording – Literal interpretation – Act and Decree applicable to mass transit business in respect of construction work done by its employees – Construction Industry Labour Relations Act, S.Q. 1968, c. 45 as amended, ss. 1(e), (i), (j), (q), (r), 2 – Decree respecting the construction industry, (1973) 105 O.G. II 5837, ss. 3.01, 3.02.

QUEBEC (CONSTRUCTION INDUSTRY COMMISSION) v. M.U.C.T.C., 327.

LIMITATION OF ACTIONS

Real property – Adverse possession – Commencement of limitation period – Disputed land used by appellant and his predecessors in title as a parking area for restaurant for twenty years – Disputed land continuously leased during that period except for last eight years – Limitation period commencing against owner only when tenancies terminated – Respondents' claim to recover possession of their land not barred by Limitations Act – Limitations Act, R.S.O. 1980, c. 240.

GIOUROUKOS v. CADILLAC FAIRVIEW CORP., 707.

MORTGAGES

Prepayment – Renewal – Term of mortgage more than five years – Renewal deeming date of original mortgage to be as of date of renewal – Renewal restricting right of prepayment – Principal and interest penalty tendered during renewal term and refused – Whether or not application for discharge of mortgage should be granted – Interest Act, R.S.C. 1970, c. I-18, s. 10(1), (2) – The Mortgage Act, R.S.M. 1970, c. M200, s. 20(6) – The Real Property Act, R.S.M. 1970, c. R30, s. 103(1)(c).

POTASH v. ROYAL TRUST CO., 351.

MUNICIPAL LAW

1. By-laws – Validity – Municipality enacting by-law regulating and fixing permit fees for removal of soil – By-law setting permit fees for each cubic meter of soil – Whether statute authorized enactment of by-law – Whether permit fees beyond the legislative competence of the province – Municipal Act, R.S.B.C. 1979, c. 290, s. 930(d).

KIRKPATRICK v. MAPLE RIDGE (CORPORATION OF THE DISTRICT), 124.

2. Real estate taxes – Action for recovery – Whether the phrase "any subsequent purchaser" in s. 792 of the Charter of the City of Montreal includes the purchaser in a judicial sale.

MONTRÉAL (CITY OF) v. STECKLER, 571.

POLICE

Regulation – R.C.M.P. – Allegations of arbitrary arrest contrary to provincial human rights code – Administration and direction of R.C.M.P. exclusive federal power – Whether individual officers subject to provincial law.

SCOWBY v. GLENDINNING, 226.

PREROGATIVE WRITS

Habeas corpus – Availability of remedy – Parole – National Parole Board reversing its decision granting inmate day parole – Decision annulling parole made before inmate acquired the status of parolee – Whether *habeas corpus* available in these circumstances to challenge the continuation of the deprivation of liberty.

DUMAS v. LECLERC INSTITUTE, 459.

REAL PROPERTY

Agreement of purchase and sale – Premises damaged by fire – Purchaser either to cancel the agreement or to complete the sale and take insurance proceeds – Questions raised as to amount of insurance and as to whether insurance would be paid – Statutory declaration registered by purchaser, prior to closing date, requiring restoration or insurance sufficient for restoration – Vendor treating agreement as void – Tender made after closing date on clarification of insurance issue – Whether or not specific performance should be granted.

WILE v. COOK, 137.

TORTS

Negligence – Duty of care – Solicitors – Solicitors retained to perform legal services in connection with mortgage transaction – Mortgage later found void for non-compliance with Companies Act – Whether or not solicitors concurrently liable in tort – Whether or not contributory negligence – Whether action not maintainable because based on illegal transaction – Whether or not action statute-barred.

CENTRAL TRUST CO. v. RAFUSE, 147.

UNEMPLOYMENT INSURANCE

Labour disputes – Unemployment due to stoppage of work – Claimant refusing to cross picket line because of intimidation – Claimant not participating in the labour dispute – Whether members of claimant's union participated in the labour dispute – Whether claimant entitled to unemployment insurance benefits – Unemployment Insurance Act, 1971, S.C. 1970-71-72, c. 48, s. 44.

CANADA (ATTORNEY GENERAL) v. VALOIS, 439.

UNJUST ENRICHMENT

Constructive trust – Long term "common law" relationship – Common law husband acquired farm before relationship – Common law wife's farm work essential to maintenance and preservation of farm – Expectation to receive an interest in farm – Whether or not unjust enrichment allowing the imposition of a constructive trust in favour of estranged common law wife.

SOROCHAN v. SOROCHAN, 38.

INDEX

ACTIONS

Qualité pour agir – Contestation non constitutionnelle par un particulier à l'égard du pouvoir légal d'engager une dépense publique fédérale – Personne nécessiteuse au sens du Régime d'assistance publique du Canada cherchant à faire déclarer que les versements du Canada au Manitoba au titre du partage des frais conformément au Régime sont illégaux et à obtenir une injonction pour interrompre les paiements à cause du non-respect par la province des conditions et engagements imposés par le Régime – Demandeur alléguant avoir subi un préjudice à cause du non-respect de la province – Le demandeur a-t-il qualité pour demander un jugement déclaratoire et une injonction? – La déclaration révèle-t-elle une cause d'action raisonnable?

FINLAY C. CANADA (MINISTRE DES FINANCES), 607.

ASSURANCE-CHÔMAGE

Conflits collectifs – Perte d'un emploi par suite d'un arrêt de travail – Refus du prestataire de franchir la ligne de piquetage pour cause d'intimidation – Aucune participation du prestataire au conflit collectif – Des membres du syndicat du prestataire y ont-ils participé? – Le prestataire est-il admissible aux prestations d'assurance-chômage? – Loi de 1971 sur l'assurance-chômage, S.C. 1970-71-72, chap. 48, art. 44.

CANADA (PROCUREUR GÉNÉRAL) C. VALOIS, 439.

AVOCATS ET PROCUREURS

Responsabilité de personnes exerçant une profession libérale – Services juridiques d'avocats retenus relativement à une opération hypothécaire – Hypothèque ultérieurement déclarée nulle parce que non conforme à la Companies Act – La responsabilité des avocats est-elle délictuelle ou purement contractuelle? – S'il y a responsabilité délictuelle, l'action est-elle prescrite? – Les avocats ont-ils été négligents? – Y a-t-il eu faute de la part de la victime? – L'action est-elle irrecevable en raison de l'illégalité de l'opération? – Companies Act, R.S.N.S. 1967, chap. 42, art. 96(5) – The Statute of Limitations, R.S.N.S. 1967, chap. 168, art. 2(1)c).

CENTRAL TRUST CO. C. RAFUSE, 147.

BIENS IMMOBILIERS

Promesse de vente – Lieux endommagés par un incendie – Choix de l'acheteur de résilier la promesse de vente ou de parfaire la vente et recevoir l'indemnité d'assurance – Questions soulevées quant au montant de l'assurance et à la question de savoir s'il serait versé – Déclaration solennelle enregistrée par l'acheteur, avant la date de signature de la vente, requérant la remise en état des lieux ou une indemnité d'assurance suffisante pour les remettre en état – Promesse considérée comme nulle par le vendeur – Offre d'achat faite après la date fixée pour la signature et après avoir obtenu des éclaircissements sur la question de l'assurance – Y a-t-il lieu d'ordonner l'exécution pure et simple de la promesse?

WILE C. COOK, 137.

BREFS DE PRÉROGATIVE

Habeas corpus – Possibilité d'exercer ce recours – Libération conditionnelle – Renversement par la Commission nationale des libérations conditionnelles de sa décision d'accorder à un détenu la libération conditionnelle de jour – Annulation de la libération conditionnelle avant que le détenu n'acquière le statut de libéré conditionnel – Le bref d'*habeas corpus* peut-il être délivré dans ces circonstances pour contester la continuation de la privation de liberté?

DUMAS C. CENTRE DE DÉTENTION LECLERC, 459.

CAUTIONNEMENT

Libération de la caution – Accord-cadre de prêt pour le financement de l'activité commerciale de la société – Entente subséquente pour augmenter la marge de crédit pour des projets précis – Violation de l'entente par le créancier – Les garants ont-ils droit à une libération totale ou partielle?

BANQUE DE MONTRÉAL C. WILDER, 551.

COMPAGNIES

Offres de prise de contrôle – Circulaire des administrateurs de la société pollicitée non conforme aux exigences légales en matière de divulgation – Droit du directeur, nommé par le ministre en vertu de l'art. 253 de la Loi sur les sociétés commerciales canadiennes, d'intenter une action en indemnisation au nom des actionnaires lésés – L'action du directeur peut être intentée à la fois contre la société pollicitée et contre ses administrateurs.

SPARLING C. ROYAL TRUSTCO LTD., 537.

CONTRATS

1. Vente – Lieux endommagés par un incendie – Choix de l'acheteur de résilier la promesse de vente ou de parfaire la vente et recevoir l'indemnité d'assurance – Questions soulevées quant au montant de l'assurance et à la question de savoir s'il serait versé – Déclaration solennelle enregistrée par l'acheteur, avant la date de signature de la vente, requérant la remise en

CONTRATS—Fin

état des lieux ou une indemnité d'assurance suffisante pour les remettre en état – Promesse considérée comme nulle par le vendeur – Offre d'achat faite après la date fixée pour la signature et après avoir obtenu des éclaircissements sur la question de l'assurance – Y a-t-il lieu d'ordonner l'exécution pure et simple de la promesse?

WILE C. COOK, 137.

2. Avocats – Services juridiques d'avocats retenus relativement à une opération hypothécaire – Hypothèque ultérieurement déclarée nulle parce que non conforme à la Companies Act – La responsabilité des avocats est-elle purement contractuelle de sorte que l'action est prescrite? – Les avocats ont-ils une responsabilité concurrente en matière délictuelle et, dans l'affirmative, l'action est-elle prescrite?

CENTRAL TRUST CO. C. RAFUSE, 147.

COURONNE

Poursuites contre Sa Majesté – Pétition de droit – Autorisation – L'appelante cherche à obtenir un redressement de la part de Sa Majesté pour des avantages obtenus en vertu d'une loi invalide – Autorisation refusée par le lieutenant-gouverneur sur le conseil du procureur général de la province – Un *mandamus* peut-il être délivré pour enjoindre au procureur général de conseiller au lieutenant-gouverneur d'accorder l'autorisation? – Crown Proceeding Act, R.S.B.C. 1979, chap. 86.

AIR CANADA C. COLOMBIE-BRITANNIQUE (PROCUREUR GÉNÉRAL), 539.

DROIT CONSTITUTIONNEL

1. Indépendance de la magistrature – Sécurité financière des juges nommés par le fédéral – Pensions – Loi fédérale exigeant que les juges des cours supérieures contribuent à leur régime de pensions – La loi fédérale viole-t-elle l'art. 100 de la Loi constitutionnelle de 1867? – Loi sur les juges, S.R.C. 1970, chap. J-1 et modifications, art. 29.1.

BEAUREGARD C. CANADA, 56.

2. Partage des compétences – Pouvoirs judiciaires – Allégations d'arrestation et de détention arbitraires contrairement à un code provincial des droits de la personne – Infraction à une loi provinciale recoupant le délit d'emprisonnement illégal – Les décisions portant sur les délits sont réservées aux tribunaux visés par l'art. 96 – Une commission provinciale des droits de la personne a-t-elle compétence pour enquêter et rendre une décision sur des plaintes? – Loi constitutionnelle de 1867, art. 96 – The Saskatchewan Human Rights Code, S.S. 1979, chap. S-24.1, art. 7, 29(1), (2), 31(7), (8), 35.

SCOWBY C. GLENDINNING, 226.

3. Partage des compétences – Droit criminel et procédure en matière criminelle – Allégations d'arrestation arbitraire contrairement à un code provincial des droits de la personne – L'arrestation arbitraire relève-t-elle du droit criminel ou de la procédure en matière criminelle?

SCOWBY C. GLENDINNING, 226.

4. Charte des droits – Auto-incrimination – Contre-interrogatoire d'un accusé, lors d'un nouveau procès, relativement au témoignage qu'il a donné au cours d'un procès antérieur portant sur la même accusation – Un tel contre-interrogatoire porte-t-il atteinte à l'art. 13 de la Charte? – Dans l'affirmative, peut-il être justifié en vertu de l'article premier de la Charte?

R. C. MANNION, 272.

5. Charte des droits – Liberté de religion – Écoles – Droit des parents d'éduquer leurs enfants – Enfants ne fréquentant pas les écoles publiques pour des motifs religieux – Enseignement à la maison – La législation provinciale sur l'éducation obligatoire contrevient-elle à la liberté de religion de l'appelant? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a) – School Act, R.S.A. 1980, chap. S-3, art. 142(1), 143(1).

R. C. JONES, 284.

6. Charte des droits – Liberté de la personne – Écoles – Droit des parents d'éduquer leurs enfants – Preuve d'un enseignement approprié à la maison limitée au certificat délivré par les autorités scolaires – L'appelant a-t-il été privé de sa liberté d'éduquer ses enfants contrairement aux principes de justice fondamentale? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 7 – School Act, R.S.A. 1980, chap. S-3, art. 142(1), 143(1), 180(1).

R. C. JONES, 284.

7. Charte des droits – Liberté d'expression – Injonction interlocutoire empêchant le piquetage secondaire – Demande fondée sur la règle de *common law* interdisant l'incitation à la rupture de contrat – L'injonction porte-t-elle atteinte au droit à la liberté d'expression conféré par la Charte? – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2b), 32(1) – Loi constitutionnelle de 1982, art. 52(1).

SDGMR C. DOLPHIN DELIVERY LTD., 573.

8. Charte des droits – Liberté de religion – Droit à la liberté – Commerces de détail obligés de fermer le dimanche – Loi fondée sur l'intérêt d'ordre laïque d'avoir un jour commun de repos – Exemptions prévues par la Loi, dont une exemption limitée pour ceux qui observent le samedi – La Loi relève-t-elle de la compétence législative de la province? – La Loi porte-t-elle atteinte à la liberté de religion garantie par la Charte (art. 2a)), au droit à la liberté (art. 7) ou au droit à l'égalité devant la loi (art. 15)? – Les restrictions qu'apporte la Loi à ces droits sont-elles justifiables dans le cadre d'une société libre et démocratique? – Loi sur les jours fériés dans le commerce de détail, L.R.O. 1980, chap. 453, art. 2(1), 3(4) – Loi constitutionnelle de 1867, art. 91, 92 – Loi constitutionnelle de 1982, art. 52 – Charte canadienne des droits et libertés, art. 1, 2a), 7, 15, 27, 32.

R. C. EDWARDS BOOKS AND ART LTD., 713.

DROIT CRIMINEL

1. Proxénétisme – Tentative d'induire une personne à avoir des rapports sexuels illicites avec une autre personne – Annonce pour un poste de secrétaire adjoint aux ventes – Entrevue indiquant que le poste exigeait d'avoir des rapports sexuels avec des clients si cela était nécessaire pour conclure des ventes – Présentation de récompenses financières importantes – Aucune offre d'emploi – Les actes ou les déclarations de l'appelant constituent-ils une tentative de se livrer au proxénétisme plutôt qu'une simple préparation? – Les rapports sexuels envisagés par l'appelant étaient-ils des rapports sexuels illicites au sens de l'art. 195(1)a) du Code criminel – Code criminel, S.r.C. 1970, chap. C-34, art. 195(1)a).

R. c. DEUTSCH, 2.

2. Acte d'accusation – Modification – Entreprises personnelles désignées comme victimes d'une fraude dans l'acte d'accusation – Entreprises personnelles ne constituant pas des «personnes» susceptibles d'être fraudées – Rejet d'une requête en modification de l'acte d'accusation par le juge du procès pour cause de préjudice irréparable aux accusés – Décision confirmée à bon droit en appel – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 529.

R. c. CAMPBELL, 376.

3. Fraude – Entreprises personnelles désignées comme victimes d'une fraude – Entreprises personnelles ne constituant pas des «personnes» susceptibles d'être fraudées – Mention des entreprises personnelles dans l'acte d'accusation indiquant que la poursuite nommait comme victime la personne au nom de laquelle les entreprises étaient enregistrées – Aucune preuve de fraude à l'encontre de cette personne – Verdict d'acquittement valablement imposé – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 2, 338, 529.

R. c. CAMPBELL, 376.

4. Principe de l'arrêt Kienapple – L'accusée a poignardé une femme enceinte causant la naissance prématurée et le décès de son enfant – L'accusée a été reconnue coupable d'avoir causé des lésions corporelles à la mère – La règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples empêche-t-elle de tenir un procès relativement à une accusation d'homicide involontaire coupable perpétré contre l'enfant?

R. c. PRINCE, 480.

5. Procédure – Brefs de prérogative – Rejet d'une requête préliminaire visant à obtenir une suspension d'instance en application du principe de l'arrêt Kienapple – Brefs de prohibition et de *certiorari* demandés par l'accusée – Les cours supérieures doivent-elles refuser de faire droit à une demande interlocutoire de bref de prérogative lorsque c'est la règle interdisant les déclarations de culpabilité multiples qui est en cause?

R. c. PRINCE, 480.

6. Verdict d'un jury – Validité – Accusation de tentative de meurtre comportant des infractions incluses moindres – Le président du jury répond «non coupable» à la question posée par le greffier – Accusé relâché et jury libéré – Le président du jury soulève la possibilité d'un verdict différent relativement aux infractions incluses moindres – Le juge du procès se déclare

DROIT CRIMINEL—Fin

functus – Le jury peut-il être convoqué de nouveau pour réexaminer son verdict? – Le jury peut-il être convoqué de nouveau pour compléter ou rectifier la communication et l'inscription du verdict auquel il est arrivé avant d'être libéré?

R. c. HEAD, 684.

7. Directive relative à la charge de la preuve – Meurtre au second degré – Le juge du procès s'est-il donné une directive erronée?

R. c. NEHRING, 709.

8. Preuve – Meurtre au second degré – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant d'évaluer la preuve qui pouvait influer sur son verdict? – Le juge du procès a-t-il commis une erreur en omettant de se mettre en garde relativement au danger d'accepter le témoignage d'un complice.

R. c. NEHRING, 709.

DROIT DE LA FAMILLE

Personne atteinte de déficience mentale – Demande présentée par un parent pour la stérilisation non thérapeutique de sa fille adulte – La Cour est-elle autorisée à y consentir? – Le pouvoir se trouve-t-il dans les lois? – Le pouvoir découle-t-il de la compétence *parens patriae*? – Mental Health Act, R.S.P.E.I. 1974, chap. M-9, mod. S.P.E.I. 1976, chap. 65, art. 2n), 30A(1), (2), 30B, 30L – Hospitals Act, «Hospital Management Regulations», R.R.P.E.I., chap. H-11, art. 48.

E. (M^ME^) c. EVE, 388.

DROIT DE LA PERSONNE

Personnes handicapées – Personne atteinte de déficience mentale – Demande présentée par un parent pour la stérilisation non thérapeutique de sa fille adulte – La Cour est-elle autorisée à y consentir? – Le pouvoir se trouve-t-il dans les lois? – Le pouvoir découle-t-il de la compétence *parens patriae*?

E. (M^ME^) c. EVE, 388.

DROIT DU TRAVAIL

Industrie de la construction – Champ d'application de la Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction – Texte législatif clair – Interprétation littérale – Loi et décret applicables à une entreprise de transport en commun relativement à des travaux de construction exécutés par ses salariés – Loi sur les relations du travail dans l'industrie de la construction, L.Q. 1968, chap. 45 et modifications, art. 1e), i), j), q), r), 2 – Décret relatif à l'industrie de la construction, (1973) 105 G.O. II 5837, art. 3.01, 3.02.

QUÉBEC (COMMISSION DE L'INDUSTRIE DE LA CONSTRUCTION) c. C.T.C.U.M., 327.

DROIT MUNICIPAL

1. Règlements – Validité – Adoption par la municipalité d'un règlement régissant l'enlèvement de terre et fixant les droits de permis – Règlement imposant des droits de permis pour chaque mètre cube de terre – La loi permet-elle l'adoption du règlement? – Les droits de permis excèdent-ils la compétence législative de la province? – Municipal Act, R.S.B.C. 1979, chap. 290, art. 930d).

KIRKPATRICK C. MAPLE RIDGE (CORPORATION DU DISTRICT), 124.

2. Taxes foncières – Action en recouvrement – L'expression «tout acquéreur subséquent» à l'art. 792 de la Charte de la Ville de Montréal comprend-elle l'adjudicataire dans une vente en justice?

MONTRÉAL (VILLE DE) C. STECKLER, 571.

ENRICHISSEMENT SANS CAUSE

Fiducie par interprétation – Union «de fait» de longue durée – Acquisition de la ferme par le conjoint de fait avant l'union – Travail de la conjointe de fait essentiel à l'entretien et à la préservation de la ferme – Attente d'obtenir un droit sur la ferme – L'enrichissement sans cause permet-il l'imposition d'une fiducie par interprétation en faveur de la conjointe de fait séparée?

SOROCHAN C. SOROCHAN, 38.

HYPOTHÈQUES

Remboursement anticipé – Renouvellement – Hypothèque d'une durée de plus de cinq ans – Hypothèque initiale réputée, de par la convention de renouvellement, porter la date du renouvellement – Restriction au droit de remboursement anticipé apportée par la convention de renouvellement – Refus d'une offre de paiement du capital et des intérêts de pénalisation faite pendant la durée du renouvellement – Y a-t-il lieu de faire droit à la demande de mainlevée de l'hypothèque? – Loi sur l'intérêt, S.R.C. 1970, chap. I-18, art. 10(1), (2) – The Mortgage Act, R.S.M. 1970, chap. M200, art. 20(6) – The Real Property Act, R.S.M. 1970, chap. R30, art. 103(1)c).

POTASH C. ROYAL TRUST CO., 351.

IMPÔT SUR LE REVENU

1. Calcul du «revenu de placements à l'étranger» aux fins de l'obtention du «remboursement au titre de dividendes» – Devises étrangères requises par la loi des Philippines pour établir une usine dans ce pays – Plan complexe visant à parer à l'éventualité de la dévaluation du peso et à la possibilité du contrôle des devises – Plan nécessitant le dépôt de dollars américains aux Philippines – Intérêts provenant de ces dépôts inclus dans le calcul du «revenu de placements à l'étranger» – Les intérêts constituent-ils un revenu de placements à l'étranger ou un revenu tiré d'un bien dont on a eu l'usage aux fins de son entreprise? – Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 89(1), 125, 125.1, 129(1), (4).

ENSITE LTD. C. R., 509.

2. Bénéfices de fabrication et de transformation au Canada – Intérêts provenant de valeurs en portefeuille activement gérées – Portefeuille constitué à partir du produit de la vente forcée d'une entreprise et à conserver en attendant l'achat d'une nouvelle entreprise – S'agit-il d'un revenu tiré d'une entreprise exploitée activement ou d'un revenu provenant de biens? – Loi de l'impôt sur le revenu, S.C. 1970-71-72, chap. 63, art. 125.1, 248(1), et modifications – Règlements de l'impôt sur le revenu, DORS/73-495, art. 5200.

CANADIAN MARCONI C. R., 522.

LIBERTÉS PUBLIQUES

Égalité devant la loi – Loi fédérale exigeant que les juges des cours supérieures contribuent à leur régime de pensions – Distinction dans la loi fondée sur la date de nomination des juges – Contributions plus élevées exigées des juges nommées après la date de la première lecture du projet de loi – La loi fédérale viole-t-elle l'art. 1b) de la Déclaration canadienne des droits? – Loi sur les juges, S.R.C. 1970, chap. J-1 et modifications, art. 29.1

BEAUREGARD C. CANADA, 56.

POLICE

Règlement – G.R.C. – Allégations d'arrestation arbitraire contrairement à un code provincial des droits de la personne – L'administration et la gestion de la G.R.C. relèvent de la compétence exclusive du fédéral – Les agents à titre individuel sont-ils assujettis à la loi provinciale?

SCOWBY C. GLENDINNING, 226.

PRESCRIPTION

Immeubles – Possession malgré le propriétaire – Début de la période de prescription – Bien-fonds en cause utilisé par l'appelant et ses prédécesseurs comme stationnement de restaurant pendant vingt ans – Bien-fonds en cause loué en permanence au cours de cette période sauf au cours des huit dernières années – Période de prescription ne courant à l'égard du propriétaire qu'à partir de la fin de la location – Réclamation des intimées pour recouvrer la possession de leur bien-fonds non prescrite – Loi sur la prescription des actions, L.R.O. 1980, chap. 240.

GIOUROUKOS C. CADILLAC FAIRVIEW CORP., 707.

PREUVE

1. Admissibilité – Interception de communications privées – Écoute électronique autorisée dans une enquête en matière de stupéfiants relativement à un complot pour importer de la cocaïne – Aucune mention de l'enquête fiscale en cours et de l'accord sur la communication des renseignements aux enquêteurs fiscaux au juge accordance l'autorisation – Éléments de preuve exclus au procès et appelant acquitté – La non-divulgation d'un renseignement important a-t-elle invalidé l'autorisation? – Code criminel, S.R.C. 1970, chap. C-34, art. 178.1, 178.13(1.1), (1.2), (2)d).

R. c. CHAMBERS, 29.

2. Preuve de faits similaires – Force probante – Viol – Preuve d'un viol antérieur soumise au jury pour démontrer l'intention de l'accusé d'avoir des relations sexuelles avec la victime malgré l'absence de consentement et pour réfuter la défense de croyance honnête au consentement – Preuve inadmissible.

R. c. CLERMONT, 131.

3. Contre-preuve – Question principale de la culpabilité ou de l'innocence – Présentation par la défense d'un témoignage portant atteinte à l'intégrité de la police – Ministère public autorisé à présenter une contre-preuve – Aucune déclaration antérieure incompatible – L'article 11 de la Loi sur la preuve au Canada permet-il d'utiliser la contre-preuve pour attaquer la crédibilité d'un témoin? – Y a-t-il d'autres motifs justifiant l'admission de la contre-preuve? – Loi sur la preuve au Canada, S.R.C. 1970, chap. E-10, art. 11.

R. c. KRAUSE, 466.

4. Privilège de la Couronne – Production de documents du Cabinet et de comités du Cabinet nécessaires à une action en justice – Question de politique de moindre importance datant de plusieurs années et de peu d'intérêt pour le public – Revendication du privilège de la Couronne fondée sur la catégorie de documents – La cour doit-elle examiner les documents afin de décider du bien-fondé de la revendication de la Couronne? – Convient-il de faire droit à la demande d'immunité avancée par la Couronne?

CAREY c. ONTARIO, 637.

PREUVE—Fin

RESPONSABILITÉ DÉLICTUELLE

Négligence – Obligation de diligence – Avocats – Services juridiques d'avocats retenus relativement à une opération hypothécaire – Hypothèque ultérieurement déclarée nulle parce que non conforme à la Companies Act – Les avocats ont-ils une responsabilité concurrente en matière délictuelle? – Y a-t-il eu faute de la part de la victime? – L'action est-elle irrecevable en raison de l'illégalité de l'opération? – L'action est-elle prescrite?

CENTRAL TRUST CO. c. RAFUSE, 147.

TRIBUNAUX

1. Compétence – Cour fédérale du Canada – Appelants cherchant à obtenir une déclaration portant qu'un terrain où ils demeurent à Terre-Neuve est une réserve indienne – Radiation d'une partie de la déclaration des appelants – Aucune compétence de la Cour fédérale relativement à cette déclaration.

JOE c. CANADA, 145.

2. Compétence – *Parens patriae* – Portée de la doctrine et pouvoir discrétionnaire nécessaire pour son exercice – Le consentement à la stérilisation non thérapeutique d'une personne atteinte de déficience mentale en relève-t-il? – Chancery Act, R.S.P.E.I. 1951, chap. 21, art. 3 – Chancery Jurisdiction Transfer Act, S.P.E.I. 1974, chap. 65, art. 2.

E. (M^ME^) c. EVE, 388.

3. Compétence – Aucune erreur de compétence démontrée.

TRANSPORTS NATIONAUX DU CANADA LTÉE c. COUR PROVINCIALE DE L'ALBERTA, 711.